

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

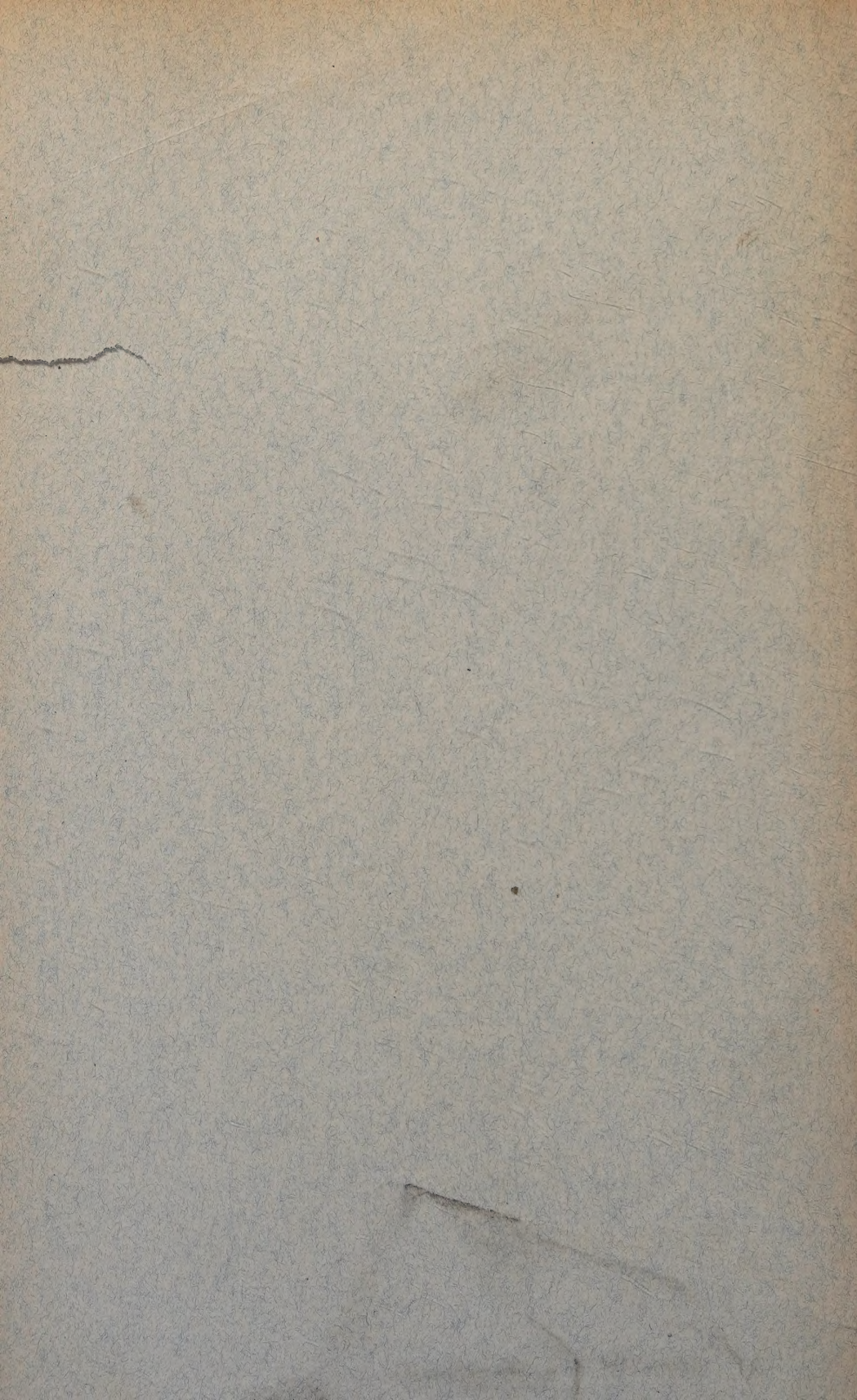
THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

PAR
JEAN DE CHAUVERON
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22

—
1888



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

DROIT ROMAIN

DE LA MANUS

DROIT FRANÇAIS

DES ACTIONS NON LIBÉRÉES

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 21 Novembre 1888

PAR

Jean DE CHAUVERON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PRÉSIDENT : M. RENAULT

SUFFRAGANTS {	MM. RATAUD	{ PROFESSEURS	
	DEMANTE		
	LARNAUDE		AGRÉGÉ



PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1888

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN.

DE

LA MANUS.

CHAPITRE I.

DES ORIGINES DE LA MANUS.

Ce n'est pas avec une précision mathématique que l'on peut fixer les origines de la *manus*. Pour retrouver, en effet, le berceau de cette institution, c'est tout à fait aux premiers âges qu'il faut remonter, et par conséquent, à une époque où la tradition est la seule source de l'histoire. La naissance de la *manus* se confond avec celle de la famille elle-même, elle en est comme la conséquence toute naturelle, et cette idée se conçoit facilement si l'on se reporte aux temps primitifs auxquels nous faisons allusion, et si l'on envisage quelle devait être à cette époque reculée la condition des peuplades vivant en groupes espacés sur le territoire de la vieille Europe. A ce moment, en effet, point d'organisation politique quelconque,

et si les hommes se groupent ainsi sur une terre commune et souvent même autour d'un chef, c'est aux besoins de leur propre défense et à l'instinct de leur conservation qu'ils obéissent, mais ils vivent encore d'une vie, pour ainsi dire, purement animale; ce n'est que peu à peu, au contact les uns des autres et sous le souffle fécond de l'intelligence humaine, que ces sociétés s'organisent et que peu à peu, par une fixité plus grande sur le sol qu'ils ont choisi, par une prise de possession de la terre qu'ils ont cultivée, et par une sorte d'appropriation individuelle, les peuples primitifs sont parvenus à connaître les principes de la propriété et presque en même temps les principes de la famille.

Et ici se pose un problème que nous avons résolu par avance. La famille est-elle l'organisation primitive qui a présidé les plus anciennes réunions d'êtres humains, n'est-elle, au contraire, que le produit lent et avancé d'une civilisation qui commence à sortir de l'état rudimentaire du premier âge?

La première de ces deux opinions a été pendant longtemps enseignée, et s'est imposée comme un véritable axiome; elle avait, il est vrai, pour fondement, un document de la plus haute importance, la Genèse elle-même qui nous présente le mariage comme un fait primordial antérieur à toute société.

Mais la science historique a fait d'énormes progrès, et, dans ces dernières années surtout, a porté aussi loin qu'il est possible, dans les mystérieuses arcanes où se cachent les origines du genre humain, sa puissante investigation. Par elle, des documents nombreux ont été apportés et mis en lumière qui ont permis d'ar-

river à une conclusion quasi-certaine, conclusion qui condamne la théorie de la famille patriarcale qu'une longue et puissante tradition faisait considérer comme ayant constitué le premier état des peuples antiques.

« L'étude indifférente du fait, dit M. Giraud-Teulon, dans sa remarquable étude des « origines du mariage et de la famille ⁽¹⁾, » n'indique pas que l'homme ait paru sur le globe à la tête de sa famille toute formée ou sur le point de l'être, et formée telle que nous la voyons encore, telle que l'histoire classique nous en transmet la tradition. Comme il paraît établi pour le monde physique, l'exégèse nous laisse apercevoir dans le monde moral le produit de transformations successives lentement effectuées à travers les âges et rattachées les unes aux autres par des transitions le plus souvent insensibles. A mesure que s'élargit l'horizon de nos connaissances relatives à l'histoire des espèces vivantes, on découvre chaque jour au-dessous des types, jusqu'ici réputés primitifs, des formes de moins en moins parfaites, sans jamais rencontrer l'état initial ni des choses ni des êtres. Et, de même que les faunes et les flores s'échelonnent dans les temps passés, le genre humain présente dans l'histoire de son développement social et moral une analogue succession d'états, de plus en plus grossiers. C'est ainsi que, lorsque dans l'étude de la famille patriarcale, nous pensions jusqu'ici saisir le point de départ des premières sociétés, ce point de départ semble n'avoir été lui-même que le terme d'une longue étape antérieure de l'humanité, et qu'au-des-

(1) Introduction, pag. vi.

sous des civilisations patriarcales, on peut reconnaître les vestiges d'un état social plus rudimentaire. »

Deux ordres de documents sont mis au service de cette étude scientifique qui a pour objet la reconstitution des siècles primitifs, les documents antiques et les documents au contraire modernes ou contemporains.

Les premiers ne sont autre chose que les traditions conservées chez les premiers peuples. Ces traditions, il est vrai, fables ou légendes pour la plupart, ne se présentent à nous qu'avec un véritable caractère d'incertitude; quoi qu'il en soit, elles peuvent être, à notre sens, d'un secours précieux dans une semblable recherche, si on les rapproche surtout des documents plus récents et des faits même qui sont encore sous nos yeux ⁽¹⁾.

Le second ordre de documents est formé des récits et des constatations des voyageurs qui ont pénétré au sein des tribus barbares qui, au milieu de la civilisation moderne, sont restés comme les témoins vivants des âges passés. Là se sont perpétuées, à l'abri de tout progrès, loin du souffle fécond qui apportait au reste du monde ses transformations successives, les mœurs antiques dans leur première forme. C'est là que l'on peut étudier sur le vif ce que furent les hommes pri-

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, liv. I, chap. 1, pag. 14. « Ces fables populaires et ces mythes mystérieux ne sont pas l'invention arbitraire d'un homme, ils sont l'œuvre inconsciente de tout un peuple, et, par conséquent, l'expression la plus sincère de sa pensée et de son génie. Il ne faut pas chercher sans doute la certitude précise de l'histoire qui seule doit servir de guide dans la recherche des faits matériels; mais si l'historien seul peut nous renseigner sur la vie extérieure d'un peuple, le mythe ou la légende ne pourront-ils pas nous révéler ses idées, ses croyances, le sens intime de ses institutions? »

mitifs il y a plus de quarante siècles, car lorsqu'on compare l'état social de ces peuples avec celui-là même que les documents antiques nous permettent de reconstituer, la question de savoir si les sauvages qui vivent actuellement dans un véritable état de nature, sont des peuples enfants que la civilisation n'a point effleurés et qui ont ainsi gardé la barbarie du premier âge, ou, au contraire, si ces peuples ne sont que des peuples dégénérés qui, après avoir eu une organisation perfectionnée, en sont arrivés par un abaissement progressif au dernier degré de la dégradation physique; cette question, nous semble-t-il, est résolue. Car comment imaginer d'une part que l'homme qui a connu les bienfaits de la civilisation puisse ainsi, à l'encontre de toutes les données de l'observation et de la raison, en perdre jusqu'au souvenir et tomber dans un tel état d'abaissement, et d'autre part que cet état même dans lequel nous le retrouvons, soit identique à celui qui nous est révélé par la tradition.

Or la tradition, si nous remontons à l'état embryonnaire des sociétés, nous montre l'humanité ignorante de la loi morale, n'obéissant qu'à ses besoins physiques et aux instincts de sa nature. A cette époque de formation, la famille n'existe point, le mariage est chose inconnue, et la fidélité dans l'amour est encore une conception au-dessus de l'intelligence humaine. Hérodote, dont le témoignage est précieux lorsqu'il s'agit d'interroger les traditions anciennes, nous dit que parmi les tribus nomades de l'Afrique, chez les Ausiens, les Guidanes, les Nasamons, « les hommes et les femmes s'accouplaient au hasard comme les bêtes d'un troupeau; quand un enfant était devenu grand, la

peuplade réunie l'attribuait à l'homme avec les traits de qui il avait le plus de ressemblance, et qui était présumé, en conséquence, être son père (1). » D'autre part, voici comment s'exprime l'historien Théopompe, parlant des premiers habitants de l'Italie : « Chez les Tyrrhènes, dit-il, la loi voulait que toutes les femmes fussent communes; tous les enfants aussi étaient élevés en commun, car nul ne pouvait savoir de quel enfant il était le père (2). » Ainsi à l'origine et l'on en pouvait citer bien d'autres témoignages, la femme, comme la propriété elle-même, était commune, la nature sauvage et barbare des races primitives n'aurait pas toléré l'appropriation exclusive d'une femme par un seul homme. Aussi la paternité était-elle absolument inconnue et lorsque plus tard, dans une période moins reculée, la parenté commencera à s'ébaucher au sein de ces tribus ignorantes, c'est à l'encontre de ce que nous verrons dans Rome civilisée, la parenté exclusivement par les femmes qui va nous apparaître.

Si nous interrogeons maintenant les récits des plus célèbres voyageurs et si nous pénétrons au milieu des peuplades sauvages qui vivent encore sur quelques coins reculés de notre globe, nous y retrouvons, comme au sein des races primitives, l'ignorance absolue du mariage et de la paternité, et les femmes communes aux hommes de la tribu.

Voici ce qu'écrivait le capitaine Cook après un assez

(1) Hérodote, liv. IV, chap. 172. Dans le même sens, Diodore, III, 32 (sur les Troglodytes); Solin, 30 (sur les Garamantes). Enfin Strabon (liv. VII, chap. 3, n. 7), qui nous dit : « Chez les Scythes, les femmes et les enfants étaient possédés en commun, comme dans la République de Platon. »

(2) *Ap. Athenæ*, XII, 14.

long séjour aux îles de Taïti : « Les naturels de ces îles sont de mœurs douces, ils sont religieux, ils croient à l'immortalité de l'âme, ils ont leur culte et leurs prêtres, enfin ils sont doués de toutes les lumières de la conscience naturelle; mais ils semblent étrangers à toute notion du mariage et de la famille et au sentiment même de la pudeur. Ici, ajoutait-il en parlant d'O-Taïti, la licence des mœurs est portée à un point que les autres nations, dont on a parlé depuis le commencement du monde, n'ont jamais atteint et qu'on ne saurait même concevoir ⁽¹⁾. » Bougainville, de son côté, nous fait un tableau analogue des mœurs des naturels qui peuplent les îles Marquises, des Autochtones Australiens, et de plusieurs tribus de la nouvelle Zélande ⁽²⁾. Enfin, Dumont d'Urville raconte qu'aux îles Touga, aux îles Mariannes et dans plusieurs tribus des Indes occidentales, c'est par les femmes que s'établissent les parentés et que se comptent les généalogies, la paternité y est inconnue ⁽³⁾.

Dans certaines hordes sauvages, le cercle des hommes auxquels appartiennent les femmes qui vivent au milieu d'eux se rétrécit, mais la base est toujours le communisme et l'ignorance de la notion du mariage et de la paternité. « Dans ces tribus, dit M. Giraud-Teulon, toute femme est encore de droit l'épouse de tous les hommes de son village, et celle qui essaie de résister aux droits matrimoniaux de l'un des mâles est passible d'une sévère punition. La notion de l'adultère n'apparaît que dans le cas d'une liaison avec un étran-

(1) Cook, *Troisième voyage*, ch. 10, 19; t. IV de la trad. française.

(2) Bougainville, *Journal d'un voyage autour du monde*, t. II, ch. 3.

(3) Dumont d'Urville, *Voyage autour du monde*, t. II, p. 141.

ger. L'amiral de Wrangell, ajoute-t-il, a remarqué chez les Indiens de la Californie supérieure que les maris ne prenaient aucun ombrage des relations de leurs femmes avec d'autres hommes de la même tribu ; et que leur susceptibilité maritale s'éveillait seulement dans le cas où l'amant appartenait à une horde voisine. Pareille appréciation de l'adultère prévalait également dans l'antiquité chez les Troglodytes africains et chez les Arabes (1). »

Il est donc bien exact de dire que la théorie moderne de la progression qui fait sortir la famille du communisme universel par une évolution lente et pénible, trouve un remarquable appui dans le témoignage attardé de ces peuplades sauvages, qui, malgré la marche du temps, sont encore dans le chaos du premier âge.

Essayons maintenant, cette théorie étant admise, d'indiquer brièvement comment l'évolution s'est faite. Ce n'est pas tout d'un coup, en effet, que du communisme les peuples en sont arrivés à la propriété individuelle et à la famille, car ces deux choses se touchent et ont eu, dès le début, une marche parallèle. Comme nous le disions, l'évolution a été lente et pénible, il nous semble qu'on ne peut mieux comparer le travail qui s'est fait qu'à une suite de cercles concentriques dont le dernier représenterait la famille telle que nous la concevons aujourd'hui, antithèse vivante du premier état social. C'est, en effet, par une suite de restrictions du cercle dans lequel s'exerçait

(1) Giraud-Teulon, *Origines du mariage et de la famille*, p. 5 ; Amiral de Wrangell, *Étude ethnog. sur la populat. de l'Amérique Russe*, Pétersbourg, 1839 ; Bachofen Mutterrecht, p. 11-15.

le communisme, qu'on est arrivé peu à peu à l'unité sociale. Au début tout est commun, tout, et entre tous; l'homme se sépare à peine de la bête, et aucune idée d'association n'a encore germé dans son esprit. Plus tard, des groupes se forment et c'est ainsi que nous voyons la plupart des peuples passer par ces trois groupes qui vont toujours en se restreignant pour en arriver, en définitive, à la famille : la tribu, la phratricie, le clan.

Sous l'empire de quels faits ou de quels besoins les hommes ont-ils ainsi passé par ces états successifs, il est difficile, sans doute, de le préciser, mais il est évident qu'on en peut trouver des motifs dans la nécessité d'une défense commune qui répond au puissant instinct de la conservation et réunit dans ce but les êtres d'une même espèce. Si plus tard les groupes se scindent et se séparent, c'est sans doute que le premier groupe, devenu trop nombreux, ne trouve plus sur une même terre ce qui est nécessaire à son existence. Et ainsi peu à peu s'émiettent les grandes réunions d'hommes qui avaient formé les groupes principaux, la terre se peuple progressivement, les tribus se fixent sur le sol, l'homme aide par son travail à sa fertilité devenue insuffisante à son existence et le conquiert ainsi peu à peu, c'est la propriété qui naît par la possession et le travail, la famille sort tout naturellement à son tour de cette fixité du même groupe restreint sur une même terre désormais conquise.

A Rome, le groupe qui a eu le plus d'importance et a laissé le plus durable souvenir est sans contredit la *gens*, et cependant sa constitution est restée extrê-

mement douteuse. De nombreuses théories ont été édifiées sur ce point aussi bien chez les anciens que chez les modernes et l'entente est encore bien loin d'être faite. Sans entrer dans le détail de ces théories diverses, ce qui nous ramènerait à la discussion déjà épuisée, à savoir si la famille patriarcale a précédé la tribu ou la *gens* ou si au contraire elle en est sortie, contentons-nous d'indiquer l'opinion de M. Fustel de Coulanges qui confirme très exactement ce que nous avons dit nous-mêmes sur ce point. Pour lui, en effet, la *gens* a été le véritable point de départ des sociétés grecques et romaines, elle n'était, dit-il, autre chose que la *famille même des temps primordiaux*, les familles qui la composaient n'étaient que des fractionnements de cette *gens* unis par les liens du sang ⁽¹⁾.

Comment, tandis que le nombre qui concourait à la formation des *gentes* diminuait progressivement en passant par les étapes successives de la tribu, de la phratricie et du clan, pour arriver enfin à l'unité de la famille, comment se fit la substitution de la parenté par les mâles à la parenté par les femmes, c'est ce qu'il est difficile de préciser. Mais ce qui paraît certain, contrairement à l'opinion de M. Morgan, qui suppose « une détermination concertée à l'avance entre les intéressés ⁽²⁾, » c'est que cette substitution n'a pu se produire qu'à la longue et partiellement de groupe en groupe au fur et à mesure que ceux-ci, devenant de plus en plus restreints, l'union de l'homme et de la femme est

(1) M. Giraud-Teulon qui cite cette opinion et la considère comme fondée, ajoute : « Cette vue est selon nous absolument exacte : les familles sont sorties de la *gens*, et non la *gens* de la famille » (*Origines du mariage et de la famille*, pag. 393).

(2) Morgan, *Anc. soc.*, p. 344.

apparue comme régulière et durable, et que dès lors on a pu connaître le père des enfants qui venaient à naître au sein de ces groupes. La *patria potestas* a suivi de près évidemment, entre les mains de ce père désormais connu, ce nouveau groupement social, et ainsi la famille a été fondée.

D'autre part, ce germe de la *patria potestas* au sein de la famille, une fois semé, s'est rapidement développé et à l'indépendance relative de la femme dans les temps les plus reculés a succédé pour elle une condition assez semblable à celle de l'esclave. Le père est devenu le chef suprême, le maître absolu; à la *patria potestas* est venue s'ajouter, en effet, entre ses mains, la *manus* ou puissance sur la femme; institution qui, sous des noms différents, se retrouve chez les principaux peuples de l'antiquité et même de nos jours chez certaines tribus de l'Afrique ⁽¹⁾. Dans l'Inde la femme et les enfants sont considérés comme la propriété du père de famille ⁽²⁾. Chez les Grecs, le même mot *kyrios*, qui équivaut au mot *potestas* chez les Romains, désigne en même temps le droit du mari sur sa femme, du père sur son enfant et du maître sur son esclave ⁽³⁾. Enfin, chez les Germains, nous retrouvons non seulement la même institution mais l'expression quasi-semblable : *mund* ou *mundum*.

(1) Chez les anciens Romains, dit le missionnaire Casalis, la femme était la sœur des enfants du mari. On ne saurait mieux exprimer la position d'une femme mariée au sein des tribus de l'Afrique australe. Quand le *Mossouto* dit *moi et mes enfants*, il est bien entendu que la femme compte parmi ces derniers. *Les Bassoutos*, pag. 191.

(2) Yajuavalkya, II, 175.

(3) Plutarque, *Solon*, 13.

A Rome, cette puissance du chef ou du père, ne pouvait être qu'une puissance despotique, absolue, si l'on songe que le peuple romain était un peuple essentiellement guerrier, pour lequel tout, sans exception, était soumis à la puissance des armes. C'est par les armes, en effet, que les Romains acquirent non seulement leurs biens, mais leurs femmes elles-mêmes, si l'on en croit la légende fabuleuse de l'enlèvement des Sabines. De la sorte, tout était pour eux un butin, et leur puissance sur leurs esclaves, sur leurs femmes et sur leurs enfants ne différait point et était sans bornes. Le père, *paterfamilias*, était non seulement le chef, mais le maître, le propriétaire de toutes les choses et de toutes les personnes qui composaient sa maison, sa famille, ils les avaient sous sa main, *in manu*, terme énergique qui montre bien le degré de puissance qui lui appartenait et qui remonte à la plus haute antiquité.

Voilà donc bien l'origine première de la *manus*, elle existait en effet bien longtemps avant qu'elle ne prenne place dans les lois, c'est d'ailleurs ce qu'atteste Gaius, qui nous dit qu'elle dérivait de l'usage *eo jure quod consensu receptum est* (*Com.*, III, § 82).

Mais laissons maintenant ces origines lointaines et qui se perdent dans les données confuses de la tradition et étudions la famille romaine telle qu'elle sortit des premiers principes du droit. Nous verrons que cette institution originale et toute particulière, quant aux détails de son organisation tout au moins, au génie romain, présente des aspects aussi intéressants qu'inattendus.

A Rome, ce n'est pas sur les liens du sang ou de

l'affection que repose la constitution de la famille; la famille est une création artificielle, une véritable institution politique; et ce qui démontre bien que pour en trouver la source, il faut remonter aux temps les plus reculés, c'est que c'est en grande partie ⁽¹⁾ dans la religion, cette religion naïve des premiers siècles de Rome, que nous en découvrons le fondement.

Chez tous les peuples naissants, c'est par la religion que les mœurs se sont adoucies et affinées et que les premiers germes du droit ont été répandus et fécondés. Rome n'a point échappé à cette loi commune, et le droit sacré y a précédé le droit civil. A côté des institutions religieuses, qui formaient le droit public, existait le droit religieux privé (*sacra privata*), qui avait pour les Romains une importance que nous comprendrions à peine aujourd'hui. Les *sacra privata* formaient ce que l'on peut appeler le culte domestique; c'était le culte des dieux Larres, le culte des ancêtres. A cette époque où l'imagination croyante de l'homme voyait partout la main et l'image de la divinité, les Romains, dans un mélange de respect et de crainte envers leurs parents morts, en avaient fait des dieux, les dieux de leur foyer, dieux errants autour de la maison dans laquelle ils avaient vécu et qu'ils continuaient de protéger. A ces dieux, c'est-à-dire à leurs ancêtres, ils avaient élevé, au sein même de leurs demeures, un autel sur lequel ils faisaient de fréquents

(1) On peut aussi donner comme fondement à la famille agnatique cette puissance sans bornes du père de famille qu'avait pour effet d'annihiler complètement la femme au profit du mari et de lui enlever toute situation au point de vue juridique. — Voir note de M. Esmein. — Gide, *Cond. priv.*, pag. 33.

sacrifices, autant dans le but d'honorer ainsi leurs morts, que dans la crainte qu'ils ne leur devinssent hostiles, s'ils les avaient oubliés. Ces rites constituaient les *sacra privata* et formaient le culte domestique qui se transmettait dans les familles et devait subsister perpétuellement, « *Ritus familiæ patrumque servanto sacra privata perpetuo manento*, » dit Cicéron dans son *Traité des lois*. C'est pour arriver à ce but, pour assurer le culte des *sacra* et éviter qu'il ne s'éteigne, que la famille fut juridiquement constituée. Là est, en effet, le but essentiel, dominant de cette création originale et de la manière dont furent établis les droits et les devoirs des divers membres qui composaient la famille. La puissance paternelle, la *manus*, le lien de parenté, la condition de la propriété, le régime des successions, tout ce qui intéresse la famille est soumis à des règles que domine toujours le culte des *sacra privata*, et la nécessité d'en assurer l'exercice ⁽¹⁾.

De là, la famille reposant, comme nous l'avons dit,

(1) Gide, *Cond. priv. de la femme*, p. 21. « Une sanction religieuse, les premiers hommes n'en connaissaient pas d'autre, consacra à l'origine ces deux institutions primordiales, la propriété et la famille. Les premières maisons furent des temples, les premiers foyers des autels; la femme, gardienne du foyer, partagea avec le mari le soin des sacrifices.... »

« Dès lors le mariage revêtait un caractère religieux et devenait un devoir sacré : car le premier devoir comme le premier intérêt de l'homme, c'était de laisser après lui un enfant qui pût venir chaque jour sacrifier à ses mânes, et aux mânes de ses ancêtres, et adoucir par le culte funèbre leur triste séjour dans la tombe. Malheur à l'homme qui laisse en mourant une maison déserte et des autels abandonnés ! Son ombre inquiète ne trouvera jamais le repos dans la demeure des morts. »

.....
« Tels sont les sentiments et les besoins qui ont guidé les premières sociétés dans l'organisation de la famille. »

non pas sur les liens du sang, mais sur des liens purement civils; la parenté s'effaçant pour faire place à l'agnation. La femme, en effet, en venant habiter avec son mari, abandonnait son foyer et en même temps le culte domestique de sa famille, elle n'avait plus désormais d'autre culte que celui de son mari; ce n'étaient donc que par les mâles que se transmettaient les *sacra*, et seul l'héritier mâle y était astreint; de là l'agnation, le seul lien qui, au début des institutions romaines, eût quelque importance.

Dans la famille ainsi organisée, le père, *paterfamilias*, était à la fois le chef, le juge et le prêtre, c'était lui qui était responsable des *sacra*, c'était à lui aussi qu'appartenait le secret des rites particuliers à la famille, c'est lui enfin qui présidait les cérémonies du culte.

On comprend qu'au début de cette organisation de la famille, alors que l'autorité du *paterfamilias* était absolue et que le temps et les mœurs n'avaient point attaqué le prestige du culte domestique, la femme, qui entrait dans la famille de son mari, ne pouvait rester étrangère au culte du foyer où elle venait prendre sa place; le secret des rites, l'intimité de ce culte des ancêtres n'aurait pu supporter la présence d'une étrangère; d'autre part, nul ne pouvait rester sans *sacra*, et si la jeune fille abandonnait son foyer pour se marier, et perdait ainsi tous ses droits aux *sacra* de ses aïeux, quoi de plus naturel qu'elle participât désormais à la religion de sa nouvelle famille, à la religion de son mari. Pour cela il fallait qu'elle fasse partie de la famille civile de son mari, en un mot qu'elle devînt agnate de celui-ci; la *manus* n'avait pas d'autre but. Voilà pourquoi il faut voir dans ce culte des

ancêtres, non seulement l'origine de la *manus*, mais aussi la certitude qu'au début elle a été la conséquence nécessaire, absolue du mariage⁽¹⁾. Si, plus tard, le mariage a pu être conclu sans *manus*, et si pour la créer il a fallu accompagner le mariage de certaines cérémonies, ou si certains actes ont été nécessaires, il faut voir là l'effet de l'affaiblissement progressif de la puissance du père de famille, et de l'indifférence croissante pour le culte domestique. C'est un fait, en effet, dans l'histoire du droit romain que toutes les institutions, qui avaient pour fondement l'existence ou le maintien des *sacra privata*, ont disparu au fur et à mesure que s'éteignait dans les mœurs et les habitudes de ce peuple le culte des ancêtres, qui avait tenu une place si importante dans les premiers siècles de son existence.

(1) M. Accarias (*Précis de Droit romain*, n. 120), conteste ce point de vue. « L'on peut tenir pour certain, dit-il, qu'à aucune époque la *manus* ne résulta du mariage comme conséquence immédiate et nécessaire, » et il ajoute (Voir la note 3) : « c'est ce que prouve l'existence même de l'un des modes d'acquisition de la *manus*, savoir « l'*usus*. » — D'abord, il faudrait établir que l'*usus* existait dès le début comme moyen d'acquérir la *manus*, c'est une véritable pétition de principe. Mais plaçons-nous à une époque où ce mode existait certainement, c'est-à-dire à l'époque de la loi des XII Tables. Quel était véritablement le sens de la loi des XII Tables, sinon que la *manus* résultait non plus nécessairement, mais naturellement du mariage et que la femme y restait soumise si elle n'accomplissait pas un acte qui avait pour but de l'y soustraire, c'est-à-dire la fuite pendant trois nuits au moins de la maison de son mari. Qu'en conclure si ce n'est qu'avant la loi des XII Tables le mari acquérait la *manus* par le seul fait du mariage, et que la loi des XII Tables, par un commencement de défaveur à l'égard de la *manus* et pour apporter un tempérament au profit de la femme, lui donna le pouvoir de s'y soustraire, au moyen de l'*usurpatio trinoctium*. De telle sorte que l'*usus*, loin de combattre l'opinion émise par nous, semble au contraire la confirmer.

CHAPITRE II.

COMMENT LA MANUS PRENAIT NAISSANCE.

Nous venons d'indiquer qu'au début la *manus* accompagnait toujours le mariage, qu'elle en était une conséquence forcée⁽¹⁾. Mais il n'en a pas toujours été ainsi, et un moment est venu où le mariage a pu se conclure sans que la femme tombât *in manu mariti*, et où il a fallu, pour la faire naître, certaines cérémonies, certains actes, ou certains faits juridiques,

(1) Esmein, *La manus, la paternité et le divorce*, p. 3 : « Si l'hypothèse produite est vraie, elle nous ramène à une époque où le mariage se confondait avec la *conventio in manum*, celle-ci étant une condition essentielle du *justæ nuptiæ*. Dans ce système, ainsi qu'on l'a dit, « il n'y a mariage que là où il y a *manus*, comme aussi il n'y a *manus* que là où il y a mariage » (*Kuntze excursus*, 2^e édit., 1880, p. 581).

Labbé, *Revue historique, droit français et étranger*, 1887, p. 4.

Le mariage originellement impliquait la *manus*, la puissance du mari sur la femme. L'union dans laquelle la femme était dans la famille de son mari *materfamilias* là où le mari était *paterfamilias*, était dans le principe la seule légitime. La femme unie à un citoyen, sans appartenir à la famille de celui-ci, sans être *in manu mariti*, placée dans cette situation qui plus tard a été définie par les mots *uxor liberorum quærendorum causa*, n'était anciennement qu'une sorte de concubine. En d'autres termes, la raison d'être de la *manus* se trouvait dans la conception du mariage. Point de juste mariage sans *manus*.

que nous allons énumérer. Cette situation nouvelle marque déjà la première étape parcourue dans la marche décroissante de cette institution.

On en peut trouver la cause dans l'évolution qui s'accomplissait au profit des intérêts privés à l'encontre des intérêts purement politiques. C'est à ces derniers que l'on avait obéi, lorsque la famille avait été primitivement constituée. La nécessité d'assurer le culte privé, et le besoin pour les membres d'une même famille de se protéger les uns les autres contre les ennemis du dehors, avaient conduit les premiers Romains à constituer entre les mains du *paterfamilias* une autorité sans limites, une puissance sans bornes qui puisse lui permettre d'accomplir la mission qui lui appartenait en sa qualité de chef de la famille. De là la *patria potestas* sur les enfants, la *manus* sur la femme, qui devenait ainsi *loco filix*. Plus tard, lorsque l'appropriation du sol fut complète, que le travail l'eut fécondé, que les échanges se multipliant eurent ainsi ajouté au butin que produisait la guerre, que la richesse s'établit dans les familles, et qu'ainsi la fortune devint une source de jouissances et un objet d'envie, les intérêts pécuniaires, sacrifiés au début, passèrent à leur tour au premier plan, et peu à peu la coutume et la loi durent donner satisfaction aux revendications qu'ils faisaient naître.

C'est ainsi que la *manus* dut être modifiée, car, dans certains cas, elle portait une atteinte grave aux droits de la famille de la femme qui y tombait. Quand la femme n'était pas *sui juris*, il importait peu; si elle disparaissait, en effet, de sa famille naturelle pour entrer dans celle de son mari, elle n'y apportait aucun

bien, car elle n'avait pu rien acquérir, la *manus* était, au contraire, dans ce cas, avantageuse à ses agnats, car, comme elle perdait tous ses droits dans la famille qu'elle quittait, sa part héréditaire accroissait celle des autres. Mais, si elle était au contraire *sui juris*, en entrant dans la famille de son mari, au moyen de la *manus*, elle devenait agnate de son mari et des agnats de son mari, et tous ses biens étaient désormais la propriété de sa nouvelle famille; par contre, les liens d'agnation qui la rattachaient à ses parents naturels étaient rompus, et ceux-ci perdaient tous leurs droits sur les biens de la femme. Cet effet de la *manus* portait donc, comme nous le disions, une atteinte grave au principe de la conservation des biens dans la famille, principe qui, à la faveur de l'organisation spéciale de Rome, en deux castes, dont l'une, la caste privilégiée détenait, avec la fortune, tous les emplois et tous les honneurs, avait rapidement poussé de puissantes racines. D'autre part, la femme *sui juris* était sous la tutelle de ses agnats, c'est-à-dire de ses héritiers présomptifs, de ceux-là même que son mariage allait dépouiller. Or, comme leur consentement était nécessaire, ils se trouvaient placés entre leur devoir et leur intérêt, ce qui rendait, en définitive, fort précaire, la situation de la femme ainsi placée sous une tutelle, toute dans l'intérêt du tuteur⁽¹⁾.

C'est pour obvier à ces difficultés que le mariage

(1) M. Labbé, *Revue historique*, 1887, I, p. 3, fait remarquer que cet intérêt n'était pas, d'ailleurs, un intérêt vulgaire, méprisable, qu'il se rattachait intimement à l'organisation sociale. L'égalité de force et d'éclat entre les familles ou les *gentes* regardait l'équilibre, la stabilité de l'État. Les tuteurs ne se déshonoraient pas, ils remplissaient un devoir en mettant obstacle à l'appauvrissement, à

sans *manus* fut autorisé. La *manus* n'en subsista pas moins comme une institution fort utile dans la plupart des cas, car, comme nous venons de le voir, le plus souvent elle favorisait la famille naturelle de la femme et aidait ainsi à la conservation des biens dans les mêmes mains, ce qui avait, à l'époque où nous nous plaçons, une importance capitale.

Avant de parler maintenant des moyens propres à faire naître la *manus*, il nous paraît indispensable d'indiquer dans quel cas elle pouvait exister. Si désormais, en effet, la *manus* n'est plus le résultat immédiat et nécessaire du mariage, du moins ne peut-elle prendre naissance à côté de toutes les unions que le droit romain reconnaissait et réglementait. Nous savons, en effet, qu'en outre des *justæ nuptiæ*, le mariage le plus parfait, celui qui produisait les effets civils les plus étendus, existaient certains mariages également admis par la loi. Tels étaient le concubinat, le mariage du droit des gens et le *contubernium*. Seules les *justæ nuptiæ* étaient capables d'engendrer la *manus*, cette institution, en effet, appartient au droit civil et ne pouvait se développer qu'au sein du mariage légitime. « Nunc de his personis videamus, quæ in manu nostrâ sint : quod et ipsum jus proprium civium romanorum est » (Gaius, *Com.*, I, § 108).

La *manus* ne pouvait donc prendre naissance en dehors des autres conditions⁽¹⁾ nécessaires pour con-

l'affaiblissement de la famille par le mariage d'une femme *sui juris* qui en était membre.

Von Ihering, *Esprit du droit romain*, t. II, p. 184.

(1) Trois conditions étaient nécessaires pour contracter la *justæ nuptiæ* :

1° La puberté;

tracter les *justæ nuptiæ* qu'entre citoyens romains.

Le pérégrin ne pouvait avoir sa femme *in manu*, de même une pérégrine ne pouvait être *in manu* même d'un citoyen romain ; pour qu'il y ait *manus* il fallait que les deux époux soient l'un et l'autre citoyens romains. Il en était de même pour les Latins juniens que pour les pérégrins, et cette impossibilité persista pour eux, même après que le *connubium* leur fut accordé, car ils continuèrent à n'avoir point le *jus civitatis*.

Mais il est certain que la *manus* pouvait exister entre affranchis citoyens romains, et de même que l'affranchi citoyen romain pouvait recevoir une femme *in manu*, de même une femme affranchie pouvait *convenire in manum* (Ulpien, t. xxix, § 1 ; Gaius, *Com.*, III, § 41 et I, § 195).

Il est à peine besoin d'ajouter que les femmes seules pouvaient être *in manu*. « Sed in potestate quidem masculi et feminæ esse solent : in manum autem feminæ tantum conveniunt » (Gaius, *Com.*, I, § 109).

Ceci dit, trois moyens étaient mis à la disposition du mari pour avoir sa femme *in manu*.

Ces trois moyens étaient :

1° La *confarreatio*;

2° L'*usus*;

3° La *coemptio*.

C'est ce que nous dit Gaius (*Com.*, I, § 110) : « *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant : usu, farreo, coemptione.* »

Nous allons examiner successivement ces trois modes

2° L'autorisation du père de famille pour ceux qui n'étaient pas *sui juris*;

3° Le *connubium*.

dans l'ordre qui nous paraît le plus exact au point de vue chronologique.

I. De la *confarreatio*.

Il n'est nullement certain, il est même tout à fait improbable que les trois modes de *conventio in manum* aient coexisté dès l'origine, et nous penserions au contraire volontiers que la *confarreatio* fut le mode le plus ancien et par conséquent le seul en usage pendant un certain temps, par ce motif qu'à l'époque primitive la *confarreatio* accompagnait toujours le mariage des patriciens, et si l'on réfléchit que primitivement la puissance paternelle et la *manus* n'étaient réellement et sérieusement organisées que dans les familles patriciennes ⁽¹⁾, on en peut conclure sinon absolument qu'il était impossible d'acquérir la *manus* en dehors de la *confarreatio*, tout au moins qu'aucun autre mode n'a précédé celui-ci ⁽²⁾?

Qu'était-ce donc que la *confarreatio*? Nous savons

(1) Giraud-Teulon, *Origines du mariage et de la famille*, p. 417. « Lorsqu'on dit du plébéien qu'il n'a point de *gens*, il faut entendre que sa *gens* n'a point de *pater*, c'est-à-dire de patriarche religieux; tout comme on écrit de lui « *patrem non habet*, » même lorsqu'on connaît parfaitement l'homme qui l'a engendré (Tite-Live, X, 8, V, 14). C'est qu'en effet dans la *gens* plébéienne primitive, il n'y a point de père consacré par la religion : on n'y connaît point les *justæ nuptiæ*, et les plébéiens n'y contractent pas les mariages d'après les règles sévères des patriciens = *connubia promiscua habent more ferarum*.

Les auteurs latins nous disent qu'à l'origine de l'État romain, les plébéiens n'étaient pas encore *patres familias*; il n'existait d'hommes jouissant de cette qualité que dans la communauté noble des *gentes* patriciennes.

(2) Lorsque dans les temps les plus antiques, le mari conduisait

qu'à Rome aucune cérémonie n'était nécessaire pour la consécration du mariage; le mariage existait, était valable par le seul fait du consentement des parties avec cette condition toutefois que la femme fût bien réellement à la disposition physique du mari; mais, quoi qu'il en soit, l'usage était d'accompagner cet acte si important de fêtes et de cérémonies extérieures, propres à en fixer la trace ⁽¹⁾ et à en perpétuer le souvenir. Toutefois, dans les familles patriciennes, il paraît certain qu'au début tout au moins, le mariage n'avait point lieu sans la cérémonie de la *confarreatio* qui apparaissait alors non plus comme une cérémonie quelconque destinée à donner plus d'éclat à l'union des époux, mais bien comme une cérémonie juridique nécessaire à la légitimité du mariage ⁽²⁾. La *confarreatio* était d'ailleurs restée, même après qu'elle ne fut plus indispensable pour engendrer les *justæ nuptiæ*, d'un usage constant chez les patriciens et eux seuls pouvaient y avoir recours.

La *confarreatio* en effet n'avait pas seulement pour but de créer la *manus* au profit du mari, elle en avait

sa femme chez lui, l'observation des usages habituels dans cette circonstance n'était point, comme plus tard, une question de coutume, mais une question de droit. C'est la plus ancienne forme sacrée de célébration du mariage, la *confarreatio* (Von Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I^{er}, p. 291).

(1) Il n'était pas sans intérêt au point de vue juridique que le mariage d'une part, et d'autre part la date même du mariage soient nettement établis. Les *justæ nuptiæ* étaient ainsi bien plus certaines, un mariage non rendu public pouvait plus facilement être considéré comme un concubinat. En outre, la date précise du mariage importait au point de vue de la filiation légitime. Étaient censés, en effet, nés hors du mariage, les enfants qui naissaient dans les 190 jours qui suivaient le mariage.

(2) Voir la note 1 ci-dessus.

un autre également important. A Rome, les fonctions sacerdotales les plus élevées, telles que celles de flamines de Jupiter ou de Mars, ne pouvaient être remplies que par des citoyens issus de *justæ nuptiæ* accompagnées de *confarreatio*. Voilà pourquoi, d'une part, le mariage des patriciens n'avait point lieu sans qu'on ait recours à cette cérémonie, afin que les enfants à naître soient aptes à être revêtus plus tard des dignités sacerdotales, qui étaient à cette époque si enviées, et pourquoi aussi, d'autre part, la confarréation devait être à l'usage exclusif des patriciens, car les patriciens seuls pouvaient aspirer à de telles dignités ⁽¹⁾.

Nous devons reconnaître que cette dernière idée, savoir que la confarréation fut exclusive aux *patricians*, ne se retrouve point dans les fragments qui nous sont parvenus, et que nulle part les auteurs ne font cette distinction. Quoi qu'il en soit, elle nous paraît reposer sur un fondement très rationnel. On oppose, il est vrai, à l'encontre de cette opinion, un passage de Denys d'Halicarnasse, dans lequel il est dit qu'anciennement tous les mariages étaient accompagnés de confarréation. Mais nous avons précisément déjà indiqué qu'à notre avis l'institution de la *manus* avait dû d'abord être limitée aux seules familles patriciennes, ce qui indique bien que tous les mariages devaient être accompagnés de confarréation. Ce n'est que plus tard, en effet, que la famille plé-

(1) « La *confarreatio* paraît n'avoir été accessible qu'aux patriciens, et il est certain que les enfants issus de mariages ainsi contractés possédaient seuls l'aptitude à devenir soit flamines de Jupiter, de Mars ou de Quirinius, soit *reges sacrorum* (Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1^{er}, p. 279).

béienne, à la faveur de l'émancipation de la plèbe, a pu se former et se constituer à l'image de la famille patricienne, et alors sans doute sont nés les modes d'acquisition de la *manus* que nous avons indiqués, l'*usus* et la *coemptio*, qui, n'ayant aucun caractère religieux, étaient à la portée de tous ⁽¹⁾.

Voici, d'ailleurs, en quoi consistait cette cérémonie de la confarréation :

La confarréation, que l'on suppose d'origine étrusque, était un sacrifice offert en l'honneur de la déesse Cérès. Son nom lui venait du symbole employé pour l'accomplir (*panis farreus*); un pain de farine était en effet apporté, et en présence de dix témoins, qui représentaient sans doute les dix curies, et après des paroles solennelles prononcées, ce pain était rompu et partagé entre les deux époux, comme pour indiquer l'union qui allait s'établir entre eux. Gaius, qui nous donne ces détails, dans un texte d'ailleurs incomplet mais que l'on peut rétablir facilement, ne nous en dit pas davantage : « Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii..... In quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur; sed complura præterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus aguntur et fiunt » (*Com.*, I, § 112).

Plusieurs auteurs modernes ⁽²⁾ ont signalé, en outre,

(1) M. Labbé, *Revue historique*, 1887, pag. 2 : « Sans doute, certaines parties de la population romaine, exclues des privilèges du patriciat qui avait inventé la *confarreatio*, ne se sont élevées que lentement, progressivement au vrai mariage, en se dégageant des unions irrégulières où elles avaient d'abord vécu; ainsi s'explique l'introduction de la *coemptio* et de l'*usus*. »

(2) M. Fustel de Coulanges, *La cité antique*.

certaines actes qui auraient accompagné le mariage, entre autres la *deductio in domum*, qui consistait à conduire, en cortège et en rythmant des chants religieux, la jeune fille nouvellement mariée jusqu'à la maison de son époux, où on lui présentait l'eau et le feu, ce dernier, naïf symbole du foyer; mais il n'y a sur ces détails rien de certain.

La confarréation semble avoir suivi les mêmes destinées que la *manus* elle-même, et n'avoir complètement disparu qu'avec elle. Si elle devint, en effet, assez rapidement d'un usage de plus en plus rare, il reste improbable, toutefois, que la *manus* lui ait survécu. Si l'on y avait, en effet, de moins en moins recours, c'est, d'une part, que la *coemptio* qui produisait également la *manus*, et nous ne parlons que de ce dernier mode, car l'*usus* avait déjà disparu, était extrêmement simple et extrêmement rapide, et que, d'autre part, le goût des choses religieuses s'était considérablement affaibli. Tacite (*Ann.*, IV, 16) rapporte qu'en l'an 776, au temps de Tibère, on eut peine à trouver dans Rome trois patriciens issus *ex confarreatis nuptiis*, parmi lesquels on pût choisir un flamine de Jupiter. Le même historien qui attribue ce fait à la répugnance qu'éprouvaient soit les pères de famille à sacrifier leur puissance sur leurs filles, soit à ces dernières à tomber *in manum*, nous apprend que, pour parer à cet inconvénient, un sénatus-consulte avait décidé que désormais la *confarreatio* ne produirait d'effet qu'à l'égard du culte, et que la femme conserverait tous ses droits. Mais empressons-nous de dire que, dès ce moment, ce n'est point seulement la *confarreatio* qui est détournée de son origine, mais

la *manus* elle-même qui, ne répondant plus aux besoins et aux mœurs du temps, a disparu des habitudes des Romains.

II. *De l'usus.*

L'usucapion qui était un mode d'acquisition des choses mobilières et immobilières ne parut pas indigne aux Romains pour servir à l'acquisition de la *manus*.

A vrai dire, ce n'était point la femme elle-même qu'il s'agissait d'usucaper, mais bien plutôt la puissance qui découlait de la *manus*. Et cette nuance avait aux yeux des Romains une importance suffisante pour justifier cette application de l'usucapion.

L'usucapion était un mode d'acquisition par le temps joint à certaines autres conditions. Une possession de deux années était nécessaire pour l'acquisition des choses immobilières et d'une année seulement pour l'acquisition des choses mobilières. C'est parmi ces dernières que se rangeait tout naturellement la *manus*. La possession de la femme pendant une année entière, sans qu'il y ait discontinuité, entraînait donc, au profit du mari, le bénéfice de la *manus*. Pour qu'il y eût interruption suffisante de cette prescription un peu singulière, il était nécessaire que la femme fût absente de la demeure de son mari pendant trois nuits entières et consécutives. Dans ce cas, l'usucapion était interrompue et il fallait recommencer une nouvelle possession, qui pouvait toujours être rendue inutile par une nouvelle absence de la femme.

Tel était l'*usus* : « Non in manum conveniebat, dit Gaius, quæ anno continuo nupta perseverabat : nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat : itaque lege duodecim tabularum cantum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinotio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet » (*Com.*, I, § 111).

Ce mode d'acquisition de la *manus* fait naître quelques questions intéressantes.

Nous en avons déjà indiqué une lorsque nous avons dit précédemment⁽¹⁾, et contrairement à l'opinion de notre savant maître M. Accarias, que l'*usus*, loin de faire présumer, comme M. Accarias le dit, que la *manus* ait toujours été distincte du mariage, et n'en ait jamais été la conséquence forcée, laisse supposer au contraire qu'il en fut réellement ainsi au début, car lorsque plus tard l'*usus* vint à être considéré comme moyen propre à faire acquérir la *manus*, celle-ci restait encore, et cela résulte de la manière dont la loi des XII Tables s'exprime, sinon plus du moins comme une conséquence forcée du mariage, tout au moins comme une conséquence naturelle ; si bien que lorsque la *manus*, dans une troisième évolution qui précède cette fois sa chute définitive, n'est plus qu'un accessoire démodé des *justæ nuptiæ*, l'*usus* devenu inutile, car il faut bien le dire, il existait bien plus comme moyen d'échapper à la *manus* que de la faire naître, disparaît.

Au point de vue des conditions qui étaient ordinairement exigées pour parvenir à l'usucapion, il y a

(1) Voir *suprà*, page 8.

lieu de faire observer, au sujet de l'usucapion particulière qui nous occupe, que l'analyse de ces conditions ne serait pas sans présenter quelque difficulté. Où est donc par exemple la *justa causa*? réside-t-elle dans l'acte même du mariage; n'est-elle pas plutôt dans la volonté réciproque de l'homme et de la femme de se considérer comme époux? Quant à la possession, il est bien évident qu'elle fait matériellement défaut. En réalité, il paraît certain que les conditions normales imposées plus tard par le droit classique, n'étaient point exigées pour l'*usus*, car d'une part l'*usus* n'était pas l'usucapion proprement dite, mais un mode créé à l'image de l'usucapion, ce qui résulte de cette expression contenue dans le texte de Gaius que nous avons cité plus haut « Velut nam velut annua possessioe usucapiebatur. » D'autre part, il est assez probable que les règles de l'usucapion, en ce qui concerne la possession principalement, ne se perfectionnèrent qu'à la longue, et qu'au début il suffisait d'une jouissance telle quelle, pourvu qu'elle fût exercée *animo domini* ⁽¹⁾. Or l'*animus* découlait de lui-même de l'union continue des époux pendant une année entière sans l'*usurpatio trinoctium*. Les époux étaient ainsi présumés avoir eu la volonté réciproque de contracter les *justæ nuptiæ* avec *manus*.

Nous avons considéré jusqu'ici cette *usurpatio trinoctium*, comme un moyen pour la femme de se sous-

(1) Voir M. Esmein, *Manus*, p. 27, qui fait remarquer que selon la théorie primitive on pouvait usucaper certains droits qui ne comportaient pas une possession véritable, d'après l'idée que les jurisconsultes se firent plus tard de la possession, les servitudes par exemple.

traire à la *manus*, mais il pouvait se faire aussi que ce fût le mari qui ne veuille pas que cette usucapion s'accomplisse et que sa femme tombât *in manu*, car par suite elle devenait agnate dans sa famille et héritière au même titre que les enfants eux-mêmes; pouvait-il, lui aussi, interrompre l'usucapion et l'empêcher de s'accomplir en ordonnant à sa femme de quitter la maison pendant le temps nécessaire, et en l'y contraignant au besoin?

Cette question nous semble devoir se résoudre facilement, sans qu'il soit besoin de recourir aux textes, mais en se reportant tout simplement aux principes. Nous savons, en effet, que pour usucaper, l'*animus* est indispensable au possesseur; or, il suffisait, à notre sens, que le mari manifestât son intention de ne pas recevoir sa femme *in manu*, pour qu'il devînt évident qu'il n'avait pas l'*animus*, ce qui viciait radicalement sa possession au point de vue de l'usucapion, et l'empêchait par conséquent d'acquérir la *manus*.

La question suivante est plus délicate : si la femme est *alieni juris*, l'usucapion pourra-t-elle s'accomplir malgré la volonté du *paterfamilias*, sous la puissance duquel la femme se trouvait placée lors de son mariage?

Évidemment le mariage ne pourra pas s'accomplir sans le consentement du père de famille (L. 2, D. xxiii, 2). Mais le mariage étant accompli le père pourra-t-il, continuant ainsi d'exercer la *patria potestas* à l'encontre des droits du mari, exiger que sa fille quitte la maison de son mari pour parvenir ainsi à empêcher l'usucapion de s'accomplir?

Cette question nous fait arriver à la distinction fort importante qu'il y a lieu de faire entre le mariage avec

manus et le mariage sans *manus* ou mariage libre, suivant l'expression moderne.

Nous nous sommes déjà efforcé de démontrer qu'au début de l'organisation familiale, il n'y avait point de mariage sans *manus*, que la *manus* était la condition indispensable des *justæ nuptiæ*. Toute union existant en dehors ne constituait qu'une union irrégulière dans laquelle la femme n'était autre chose qu'une concubine et où les enfants n'acquerraient pas la légitimité.

Mais cet état de choses n'a duré qu'un temps, celui sans doute pendant lequel la famille n'a été organisée que dans la caste patricienne. Lorsque les plébéiens, au contraire, sont sortis de leur état d'infériorité profonde pour peu à peu s'élever jusqu'aux institutions des patriciens, et qu'ils ont été admis à contracter des *justæ nuptiæ*, alors à côté du mariage plus parfait qui naissait de la confarréation et qui entraînait la *manus*, est né le mariage libre. « Les Romains ont dû de très bonne heure admettre le mariage sans *manus*, dit notre savant maître, M. Labbé. Ils ont dû admettre la légitimité, l'honorabilité de l'union dans laquelle la femme n'était pas en la puissance de son mari, était retenue dans sa famille d'origine. Le mariage et la *manus* ont été séparés. La *manus* a survécu avec ses effets particuliers sur les liens d'agnation et sur les droits de propriété. Elle est devenue indifférente à la pureté de l'union matrimoniale, de l'union destinée à faire de la femme une mère ⁽¹⁾. »

(1) M. Labbé, *Revue historique*, 1887, I, pag. 6. Voir également M. Gide, *Condition privée*, pag. 115, qui fait très heureusement ressortir l'effet différent des deux mariages, le mariage avec *manus* et le mariage libre, et la coexistence dans ce dernier cas de deux puis-

Désormais on distingue donc le mariage de la puissance même sur la femme. Si bien que dans une union ainsi réglée, c'est-à-dire, sans *manus*, le *paterfamilias* a conservé sur sa fille, qu'il a donnée en mariage, la *patria potestas*. Quoi de plus naturel dès lors qu'il ait aussi conservé le droit d'empêcher qu'au moyen de l'*usus* il ne perdît cette *potestas* qui serait acquise au mari. « La volonté du père de famille, ajoute encore M. Labbé, peut être celle des tuteurs sous l'autorité desquels la femme est placée, peut imposer à celle-ci une séparation momentanée d'avec son époux. »

Quoi qu'il en soit, le père de famille ne pouvait rompre le pouvoir du mari que dans le cas de mariage sans *manus* ⁽¹⁾. Si on lui a reconnu parfois cette faculté dans

sances sur la femme, celle de sa famille naturelle, et celle de son mari. « Le propre du mariage contracté sans *conventio in manum*, écrit-il, c'est, avons-nous dit, de laisser la femme dans la famille où elle est née et de ne porter aucune atteinte aux droits que ses parents peuvent avoir sur elle. La femme, lors du mariage, était-elle en puissance paternelle, cette puissance persiste avec toute son énergie. Le père pourra toujours disposer de sa fille, l'arracher à l'époux auquel il l'avait donnée (Ennius, *Ap. auct. ad. herenu*, II, 24; Afranius, *Ap. non. voc. spurcum*), la vendre, la châtier, la punir de mort. »

La femme restant ainsi malgré le mariage dans les liens et sous l'autorité de sa famille, il semble qu'un tel régime ne laissait point de place pour un pouvoir étranger, celui du mari. Et cependant la femme tombait sous la puissance de son mari tout en restant sous celle de sa famille; le mari pouvait, lui aussi, disposer de la personne de sa femme, châtier des fautes ou des délits, les punir de mort; et tous ses droits, qu'on le remarque bien, appartenaient au mari comme mari, et résultaient, par conséquent, non pas de la *manus*, comme on le croit d'ordinaire, mais du mariage lui-même (Aulugelle, X, 23; Valère Max., II, ix, 2; Tacite, *Ann.*, XIII, 32 (de). La femme mariée sans *manus* appartenait en même temps à son mari et à sa famille, la puissance paternelle ou titulaire d'une part, la puissance maritale de l'autre concouraient sans s'exclure.

(1) Ceci est vrai surtout du mariage avec confarréation. Dans le droit le plus ancien, en effet, les Romains considéraient le mariage

tous les cas, c'est qu'on a eu sans doute le tort de généraliser le pouvoir qu'avait le père de famille de briser l'union à laquelle il avait cependant consenti, sans faire la distinction entre le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus*. Dans le premier, en effet, la puissance sur la femme passait toute entière entre les mains du mari, pour lequel elle devenait *loco filix*, lui seul pouvait désormais exercer sur elle une *potestas plena*. Quant au père de famille, il avait, du fait même de son consentement au mariage *cum manu*, abdiqué la *patria potestas*. C'est ce que dit M. Esmein dans les lignes suivantes. « Rien de plus fragile, écrit-il, que le mariage sans *manus*; il pouvait à chaque instant se rompre contre la volonté du mari. Le plus souvent la femme, en se mariant, était encore *filiafamilias*. Le père alors conservait la puissance sur sa fille et devait la conserver jusqu'au bout s'il empêchait l'*usus* de s'accomplir; mais par là même il restait maître de briser l'union, soit de son propre mouvement, soit à la prière de son enfant... Si le mari avait acquis la *manus* la situation était toute autre. La femme était *filiafamilias* avant son mariage, du coup, la puissance paternelle

comme une union indissoluble, qui ne pouvait être rompue que par la mort, c'est de cette idée que sont empreintes ces définitions du mariage « *consortium omnis vitæ* » (L. 1, Dig. xxiii, 2). « *Viri et mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens* » (Inst., I, 91). Ce mariage, en effet, ne comportait vraisemblablement par le divorce, ce n'est que plus tard que l'on a créé la *diffareatio*, lorsque sans doute le courant des mœurs pour le divorce était devenu irrésistible. Les *nuptiæ ferratæ* du flamme de Jupiter conservèrent toujours le caractère qui avait sans doute été général au début : Aulu-Gelle, N. A., X, 15, 23 : « *Matrimonium flaminis, nisi morte, dirimi non est jus.* » Festus : « *Flammæ auricitur nubens omnis boni causa, quod eo assidue utebatur flaminica, id est flaminis uxor, cui non licebat facere divortium.* »

tombait; le mari n'avait pas à craindre que le père déchu de son droit, ramenât sa fille dans une famille à laquelle elle n'appartenait plus ⁽¹⁾. »

Mais si la femme est *sui juris* peut-elle tomber *in manu* par *usucapio*, sans l'*auctoritas tutoris*? Peut-elle même y tomber par ce mode, l'*auctoritas tutoris* peut-elle en effet intervenir dans un fait juridique de cette nature?

Les discussions, qui ont eu lieu sur ce point, nous amènent à poser immédiatement la question ainsi; nous verrons, en effet, des auteurs considérables ⁽²⁾ nous dire que l'*auctoritas tutoris* ne pouvant être donnée qu'*in ipso actu*, ne pouvait par suite être donnée en dehors d'un acte précis, déterminé, et à propos d'une possession, par exemple, qui par sa nature exigeait une suite de faits que l'*auctoritas* ne pouvait suivre pas.à pas.

Nous considérons, quant à nous tout d'abord, que l'*auctoritas tutoris* aurait fort bien pu intervenir au moment même du mariage, que dès lors elle eût été ainsi donnée *in ipso actu* et aurait par là même validé toutes les conséquences devant résulter de cet acte. Or, la *manus* était la conséquence naturelle du mariage, il fallait, en effet, une manifestation énergique de volonté, plus encore un acte, pour l'empêcher de s'accomplir. Et n'est-ce pas un point certain qu'en ce qui concerne la *filiafamilias* le consentement donné par le père de famille lors du mariage était suffisant et que son silence laissait naître la *manus* au profit du mari?

(1) M. Esmein, *Manus*, pag. 53.

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, p. 280, note.

Pourquoi en eût-il été autrement à l'égard du tuteur?

Mais remarquons en outre, et ceci est important, que de bonne heure les Romains distinguèrent, d'un côté le consentement des parents de la femme nécessaire pour la *conventio in manum*, et d'autre part l'autorisation familiale nécessaire pour la validité du mariage⁽¹⁾. Or, si le consentement du tuteur était nécessaire pour produire la *conventio in manum* ou la *coemptio*, le consentement n'était point nécessaire pour la validité du mariage contracté en dehors de ces modes⁽²⁾. Dès lors, ne pouvons-nous pas en conclure que la *manus*, résultat naturel du mariage se produisait *usu* au profit du mari à l'encontre du tuteur et malgré lui, car à la différence du *paterfamilias*, n'ayant aucun pouvoir sur la personne de la femme, il ne pouvait la contraindre à interrompre l'*usus* par l'*usurpatio trinoctium*. Dans cette hypothèse disparaîtrait la difficulté de l'*auctoritas* ne pouvant intervenir pour valider la *conventio in manum* au moyen de l'*usus*, soulevée par certains auteurs.

On invoque, il est vrai, à l'encontre de cette opinion, un passage de Cicéron dans lequel il est dit : « *Usu non potuit, nihil enim potest de tutela legitimo sine omnium tutorum auctoritate deminui.* » Empressons-nous de dire que Pothier, qui professait l'opinion contraire, cite également ce texte auquel il ne paraît nullement attribuer une telle portée.

A notre avis, en effet, tout l'intérêt que présente le fragment rapporté de Cicéron, porte sur le pluriel

(1) M. Esmein, *Manus*, pag. 9 et 10.

(2) M. Esmein, *Manus*, pag. 9 et 10.

« *omnium tutorum*, » et signifie vraisemblablement que le consentement de *tous* les tuteurs était nécessaire pour produire immédiatement la *manus* soit par la *confarreatio* ou la *coemptio*, car celle-ci ayant pour effet de dépouiller les tuteurs des droits que l'agnation leur conférait, leur volonté, leur consentement étaient absolument indispensables.

Voici, d'ailleurs, l'opinion de Pothier, rapportée en quelques lignes desquelles il ressort que pour le célèbre jurisconsulte, le consentement du père de famille, si la femme était *alieni juris* ou l'*auctoritas tutorum*, si elle était *sui juris*, intervenant pour la validité du mariage, suffisait par la suite pour permettre au mari de parvenir à l'acquisition de la *manus* par l'usucapion. « Denique usu in manum mariti convenit; enim vero mulier quæ sine legitimis coemptionis aut confarreationis ritibus nupserat; modo « ejus nuptiis » patris consensus (si filia familias erat), aut tutorum (si sui juris erat) « auctoritas intervenisset, » usu a viro suo usucapiebatur, et in manum ejus conveniebat ⁽¹⁾. »

Faisons d'ailleurs observer que ce texte, eût-il toute la portée qu'on veut lui attribuer, nous en conviendrions volontiers. A cette époque, en effet, l'opinion que nous venons de soutenir avait cessé d'être exacte. On avait déjà senti l'inconvénient qu'il y avait à laisser le tuteur désarmé contre l'acquisition de la *manus* par le mari au moyen de l'*usus*, qui le dépouillait de tous ses droits, et l'on y avait porté remède. « Au temps de Cicéron, nous dit M. Esmein ⁽²⁾, c'était un

(1) Pothier, *Pandectes*, l. I, t. 6.

(2) M. Esmein, *Manus*, p. 25.

point certain que tout ce qui dépendait d'une tutelle légitime ne pouvait être usucapé. On en tira cette conséquence que la femme en tutelle légitime ne pouvait *per usum* tomber sous la *manus* du mari. » L'on peut, au surplus, citer à l'appui un texte également de Cicéron qui nous paraît beaucoup plus net et beaucoup plus précis que celui qui a été invoqué : *Ad atticum*, I, 5, 6 : « *Id mirabamur te ignorare, de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usu capi posse.* »

Enfin, il est évident que, pour interrompre l'*usus* du mari, il était indispensable que l'absence de la femme fût volontaire et fût déterminée par l'intention même de produire cette interruption. Toute autre absence, fût-elle de bien plus longue durée, mais ayant une cause différente, était absolument inefficace à l'encontre de l'usucapion commencée. De même, le mari n'aurait pu parvenir à l'usucapion s'il avait employé la force pour retenir sa femme auprès de lui, afin de l'empêcher de produire à son profit l'*usurpatio trinoctium* qui la soustrayait à la *manus*. Sa possession, en effet, n'eût plus été due qu'à la violence et eût été ainsi viciée d'une façon essentielle.

L'*usus* qui, à notre avis, n'a été usité pour acquérir la *manus* qu'après la *confarreatio* et qui a coexisté avec la *coemptio*, est le mode qui a disparu le premier, et cela, sans doute, dès que la *manus*, au lieu d'être la suite ordinaire du mariage, ne l'a plus accompagné qu'exceptionnellement. Gaius nous signale, en effet, ce mode, mais comme n'étant plus en usage de son temps : « *Usu in manum conveniebat..... sed hoc tantum jus partim legibus sublatum est, partim*

ipsâ desuetudine oblitteratum est » (Gaius, *Com.*, I, § 111).

III. De la *coemptio*.

La *coemptio*, le mode le plus simple et le plus pratique d'acquisition de la *manus*, était une vente fictive consentie par celui sous la puissance duquel se trouvait la femme si elle était *alieni juris*, consentie par elle-même avec l'*auctoritas tutorum*, si elle était au contraire *sui juris*.

La forme de cette vente ne différait pas essentiellement de la mancipation. Gaius nous dit, en effet : « Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus, civibus romanis puberibus, item libripende, præter mulierem eumque cujus in manum convenit » (*Com.*, I, § 113). On y retrouve donc très exactement les mêmes formalités extérieures qui accompagnaient la mancipation, mais on pense généralement que les paroles solennelles prononcées n'étaient pas les mêmes. Ce qui expliquerait, d'ailleurs, qu'à la différence d'une mancipation faite dans le but de produire le *mancipium* sur un fils de famille, la femme, objet de la *coemptio*, ne tombe, pas même un instant, *in servili causâ* (Gaius, *Com.*, I, § 113).

Nous avons dit que le consentement du *paterfamilias*, ou l'*auctoritas* des tuteurs était nécessaire. En ce qui concerne l'*auctoritas tutorum*, il y a lieu de remarquer tout d'abord qu'il était nécessaire que l'*auctoritas* soit donnée non seulement par le tuteur ou les

tuteurs qui géraient, mais par tous les tuteurs; le mariage avec *coemptio* rompant les liens d'agnation, et faisant, par suite, disparaître les droits héréditaires des tuteurs qui n'étaient autres que les agnats de la femme, le consentement de chacun d'eux était indispensable. Mais on s'est demandé si les tuteurs pouvaient se refuser à donner ce consentement et, par suite, empêcher la *conventio in manum*?

Pour résoudre la question, il faut, à notre avis, l'apprécier suivant le point de vue dominant de l'époque à laquelle on se place. Au début, en effet, la tutelle est organisée dans l'intérêt exclusif des tuteurs, et le point de vue dominant, c'est la conservation des biens dans la famille, afin d'en assurer la prospérité, et de perpétuer ainsi le culte domestique. A ce moment, les tuteurs sont tout-puissants et la *coemptio* ne peut se faire qu'avec leur volonté.

Mais le culte des *sacra* s'affaiblit et s'éteint, l'institution si forte de la famille s'altère progressivement, la tutelle cesse d'être dans l'intérêt exclusif des tuteurs, elle n'est même bientôt plus qu'une formalité appelée à disparaître. Cependant, au temps de Gaius, elle avait encore conservé son autorité dans certains cas particuliers. Gaius les cite dans une formule triple qui paraît bien limitative. « Neque ad testamentum faciendum, neque ad res Mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas, auctores fieri coguntur » (*Com.*, I, § 192). Faut-il comprendre dans cette énumération la *coemptio* qui avait pour résultat de faire passer tous les biens de la femme dans le patrimoine de la nouvelle famille? Nous ne le pensons pas, car il nous paraît que Gaius en eût fait mention; et,

d'ailleurs, le point de vue avait changé, et ce qui importait désormais c'était, au contraire, de multiplier les mariages en les favorisant. Comment croire dès lors que le seul intérêt des tuteurs ait pu faire échec à cette tendance si nettement accusée, alors surtout que la tutelle légitime était déjà si ébranlée et si compromise ⁽¹⁾.

La *coemptio* fait naître une question qui est très discutée, et dont il est impossible de ne pas dire un mot, bien qu'il faille reconnaître qu'elle n'a jamais eu, même pour les Romains, une réelle portée pratique; la voici : La *coemptio* est-elle une simple *mancipatio* de la femme par le mari, qui a pour but de faire tomber cette dernière *in manu*. Est-elle au contraire une vente et un achat réciproques l'un de l'autre par les époux?

Le texte de Gaius, que nous avons cité, est fort clair et il ne nous parle que d'une mancipation, s'exécutant, comme nous l'avons déjà fait remarquer, dans les formes ordinaires. Certains auteurs, s'appuyant sur des fragments divers, ont cependant voulu y voir une double opération d'achat et de vente par chacun des deux époux.

Nous ne pouvons admettre cette opinion qui est absolument contraire au but même de la *coemptio*, qui est de faire passer la femme sous la puissance du mari, tandis que l'opération que l'on veut y trouver tendrait

(1) Von Ihering, *Esprit du droit romain*, pag. 185, après avoir dit que les tuteurs ne pouvaient être contraints de donner leur *auctoritas* à l'union de la femme qu'ils avaient en tutelle, ajoute en note : « Il en fut bien autrement plus tard. V. comme parallèle de l'époque postérieure la l. 18, C. *De nupt.*, 5-4... » Ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediunt... »

au contraire à créer l'égalité entre les époux. Nous allons d'ailleurs examiner ces textes fort souvent cités, et montrer en réalité leur peu d'importance.

Le premier est de Nonnius (*De proprietat serm.*, XII, 50) : « Veteri lege romana asses tres ad maritum veniens solebat adferre ; atque unum , quem in manu tenebat , *tanquam emendi causa* marito dare ; alterum quem pede habebat in foco larium familiarium ponere ; tertium in sacciperio quem considerat compito vicinali solere resonare. »

Le second fragment est de Boëce, il est ainsi conçu : « Coemptio certis solemnitatibus peragebatur, et *sese in coeniendo invicem* interrogabant, vivit : an sibi mulier materfamilias esse vellet ; illa respondebat velle. Item mulier interrogabat au vir sibi paterfamilias esse vellet : Ille respondebat velle. Itaque mulier in viri conveniebat manum, et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem, et erat mulier materfamilias viro loco filiæ (*Com.*, sur les topiques de Cicéron).

Et enfin, un dernier passage dû à Isidore (V, 24) : « Antiquus nuptiarum ritus erat quod se maritus et *uxor invicem emebant*, ne videretur ancilla uxor. »

Faisons remarquer tout d'abord, qu'à l'exception du second fragment, il ne s'agit nullement du mariage accompagné du procédé particulier de la *coemptio*, mais du mariage en général ; c'est ainsi que, dans le texte de Nonnius, par exemple, il nous est parlé d'une cérémonie particulière, dans laquelle la femme, munie de trois as, l'un dans la main, l'autre au pied, le troisième caché dans une bourse, les offrait à son mari, aux Larres de son nouveau foyer et à la divinité du lieu qu'elle allait habiter. Quel rapport y a-t-il avec

la *coemptio*, et comment tirer un argument de cette triple offrande, dans laquelle le mari recevait, il est vrai, un as, et conclure que c'était une manière d'acheter celui-ci? Mais achetait-elle également la divinité sur l'autel de laquelle elle déposait aussi une monnaie? En réalité, il y avait là une cérémonie particulière ayant un sens symbolique que nous ne connaissons pas, mais qui ne pouvait nullement signifier l'achat du mari par la femme.

Le fragment d'Isidore contient des expressions plus significatives, « *Se maritus et uxor emebant*, » y est-il dit. Mais encore n'est-il question que des *nuptiarum* en général et nullement de la *coemptio*, et rien ne prouve que l'auteur ait eu des idées bien nettes sur ce point spécial, alors surtout qu'il en donne pour raison « *ne videretur ancilla uxor*. » Or, nous savons que la *coemptio*, grâce aux paroles solennelles prononcées et qui étaient spéciales à cette mancipation, faisait tomber la femme *in manu mariti* sans qu'elle ait été, même un instant, *in servili causâ*.

Le second texte est beaucoup plus précis, il a trait, en effet, à la *coemptio* elle-même, il n'est cependant pas beaucoup plus convaincant. Il ne faut voir, en effet, dans ces expressions « *Sese in coemendo invicem*, » qui ont entraîné l'opinion que nous combattons, qu'un véritable abus de mots. Et une telle appréciation est permise lorsqu'on réfléchit que ces textes, que l'on oppose au texte net et précis de Gaius, émanent d'auteurs qui écrivaient en historiens et non point en jurisconsultes, à une époque déjà fort lointaine du temps où la *coemptio* était en usage, et qui, par conséquent, ne se préoccupaient que mé-

diocrement de cette exactitude parfaite qui est la loi du jurisconsulte.

La *coemptio* était-elle, comme on l'a dit ⁽¹⁾, un mode à l'usage exclusif des plébéiens? C'est tout à fait improbable; ce qui est vrai, c'est que, dans la pratique, c'était sans doute les plébéiens, surtout au début, qui devaient y avoir le plus souvent recours. La *confarreatio*, plus solennelle d'une part, et produisant d'ailleurs des effets spéciaux au point de vue de l'obtention des dignités sacerdotales, était préférée de la caste orgueilleuse et puissante des patriciens. Mais s'ensuit-il que la *coemptio*, imaginée sans doute pour permettre aux plébéiens, auxquels la *confarreatio* était interdite, d'acquérir néanmoins la *manus*, ait été interdite aux patriciens? Pourquoi en eût-il été ainsi, la mancipation était un acte que les patriciens accomplissaient communément, et d'ailleurs ne nous est-il pas rapporté par un grand nombre d'auteurs que, bien longtemps avant la disparition de la *manus*, la *confarreatio* était d'un usage extrêmement rare, l'*usus*, de son côté, avait disparu au temps de Gaius, c'est donc qu'indistinctement toutes les classes avaient recours à la *coemptio*.

La *coemptio* fut en usage longtemps chez les Romains, et même après que la *manus* eut pour ainsi dire cessé d'exister, elle ne disparut pas, elle servit encore à affranchir la femme de la tutelle par une cession fictive *in manu cum extraneo fiduciæ causa*.

(1) Ortolan, *Précis de droit romain*, 1^{re} partie, tit. 1^{er}, 53.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE LA MANUS. — QUELLE ÉTAIT SA VÉRITABLE PORTÉE?

Il s'agit maintenant de fixer, à côté des effets certains qu'elle produisait, la portée véritable de la *manus*.

Une des expressions le plus souvent reproduites pour indiquer brièvement l'effet essentiel de la *manus*, est que la femme *in manu* est désormais « *loco filix*. » « *In familiam viri transibat*, dit Gaius, *filixque locum obtinebat* » (*Com.*, I, § 111). La femme, en effet, si elle tombait *in manu mariti*, faisait désormais partie de la famille de son mari et devenait comme sa fille; les liens d'agnation définitivement rompus avec la famille dont elle était issue, renaissaient avec celle de son mari.

De cet effet principal et essentiel de la *manus* découlaient un grand nombre de conséquences juridiques que nous énumérerons. Mais il est auparavant une question qu'il importe de résoudre. Elle a été soulevée par un des maîtres regretté de notre Faculté de Paris, M. Gide, l'éminent auteur de l'*Étude sur la condition privée de la femme*. Il s'agit de savoir si la

manus avait un effet direct sur la personne même de la femme, ou si, au contraire, elle ne portait que sur ses biens? Mais laissons le savant professeur exposer lui-même son système :

« Quels sont les effets positifs de la *manus*, écrit-il?
« Quelle est la situation de la femme dans sa nouvelle
« famille? Les textes nous répondent qu'elle est *loco*
« *filix*, et s'attachant à la lettre de cette formule légale,
« de nombreux auteurs considèrent la *manus* comme
« identique à la puissance paternelle et analogue au
« pouvoir du maître sur l'esclave. J'oserai m'écarter
« ici de l'opinion commune, et j'essaierai d'établir que
« la *manus*, du moins dans la deuxième forme qu'elle
« a revêtue, est un droit à part, différent de la puis-
« sance domestique, de la *potestas*, non pas dans ses
« détails, mais dans son essence même.

« Cette différence consiste, si je ne m'abuse, en ce
« que la *potestas* a pour objet la personne même de
« l'enfant ou de l'esclave, ou bien que la *manus*, tout
« comme la tutelle, ne confère, par elle-même, aucun
« droit sur la personne de la femme et ne s'exerce
« que sur ses biens.

« Gaius va me fournir la preuve de ce que j'avance :
« Nous pouvons, dit-il, acquérir par nos fils ou nos
« esclaves, soit la propriété, soit même la possession.
« Nous pouvons également acquérir la propriété par
« les femmes qui sont *in manu nostra*; mais il est fort
« douteux que nous puissions acquérir la possession
« par elles, car nous ne les possédons pas. » N'est-ce
« pas dire clairement que la *potestas* frappant la per-
« sonne et le corps même du fils ou de l'esclave, tout
« ce qu'ils possèdent *corpore* est par cela même au

« pouvoir et en la possession du chef de famille, tandis
« que la *manus*, n'atteignant que le patrimoine de la
« femme et ne donnant aucun pouvoir sur sa personne,
« ne peut faire acquérir que ce qui entre dans son
« patrimoine, et non pas ce qui est seulement possédé
« par elle.

« Une autre application de cette même différence,
« c'est que le père peut vendre son esclave ou son fils,
« où s'ils ont commis quelque dommage, les livrer en
« guise d'indemnité à la personne qu'ils ont lésée.
« Mais la femme *in manu*, ne peut être ni vendue ni
« cédée en réparation de dommages, ni donnée en
« adoption; le mari peut seulement lui nommer un
« tuteur, car la tutelle, comme la *manus*, n'a que les
« biens de la femme pour objet.

« Sans doute, le mari a des droits sur la personne
« même de la femme; mais ces droits, c'est du ma-
« riage même qu'il les tient; la *manus* n'ajoute rien
« à sa puissance maritale. S'il s'agit, par exemple,
« de répudier la femme ou de châtier ses fautes, son
« père et ses parents, qu'elle soit ou non *in manu*,
« devront être appelés au tribunal de famille; qu'ils
« aient perdu par l'effet de la *manus*, leurs droits de
« pères et d'agnats, il n'importe : ils sont restés les
« parents naturels, les cognats de la femme, et ce
« titre suffit pour qu'ils aient le droit de protéger sa
« personne et de veiller sur ses mœurs.

« Ainsi la *manus* ne modifie point les rapports
« personnels des deux époux, mais seulement leurs
« intérêts pécuniaires. Si j'osais employer ici le lan-
« gage du droit moderne, je dirais que c'est une es-
« pèce de régime nuptial, et que ce régime se rap-

« proche de ce que nous appelons aujourd'hui une
« communauté universelle. C'est au point de vue des
« rapports pécuniaires que la femme *in manu* est à
« la lettre *loco filix*. »

Ce système, qui semble bien au moment où M. Gide écrivait, s'être produit sous sa plume pour la première fois, a soulevé de nombreuses critiques.

A notre sens, son plus grand tort est d'être trop absolu et de nous montrer d'une façon beaucoup trop étendue et trop générale une manière d'être, qui a peut-être bien appartenu à la *manus*, mais, dans tous les cas, pendant un temps extrêmement court, et à un moment où cette institution, déjà détournée de son origine et ne correspondant plus à l'état social qui l'avait fait naître, s'émiettait et disparaissait par morceaux.

Le mérite de M. Gide serait peut-être d'avoir découvert et fait connaître cette particularité, en admettant qu'elle soit exacte; mais est-ce bien donner une idée d'une institution que de la montrer à son déclin. A la vérité est-ce bien saisir le caractère de la *manus* que d'en faire un acte n'ayant trait qu'au patrimoine, et ne produisant que des effets pécuniaires?

Pour renverser une semblable théorie, il suffit de remonter aux origines. Qu'était-ce donc que la *manus* à sa naissance? La *manus*, puissance absolue du mari sur la femme, était à l'origine la conséquence forcée, absolue du mariage, et nous en avons déjà donné les motifs. La famille, telle qu'elle était organisée au début n'aurait pu supporter le conflit de deux puissances, et la femme qui, en se mariant, venait prendre place au foyer de son mari, ne reconnaissait plus désormais qu'un seul maître, maître ab-

solu, le *paterfamilias* qui était le chef de ce nouveau foyer; en outre, l'accomplissement des *sacra*, entouré de mystère et de crainte, n'aurait pu avoir lieu en présence d'une étrangère, et précisément l'effet principal de la *manus* n'était-il pas d'associer la femme définitivement aux *sacra* de son mari? Qu'était-ce auprès de ces deux choses essentielles, la puissance sans restriction du *paterfamilias* et le culte domestique, que des intérêts pécuniaires, produits encore inconnus de la civilisation?

Et M. Gide reconnaît bien, comme nous, qu'au début la *manus* était une conséquence forcée du mariage : « Il est donc probable, dit-il, qu'aux premiers siècles de Rome, la *manus mariti* était la suite « inévitable du mariage. Dès le jour où les nouveaux « époux, près du lit nuptial, avaient offert leur sacrifice commun aux divinités du foyer, la femme n'avait plus d'autre famille, d'autres agnats, d'autres « héritiers, que son mari et les parents de son mari. « Que devenaient les liens de l'épouse avec sa nouvelle famille, les droits de ses agnats à sa tutelle « et à sa succession? Le mariage les avait détruits, « et détruits pour toujours. »

Voilà donc bien la première forme de la *manus*. Pourrait-on soutenir qu'elle ne s'adressait point à la personne? Nous avons d'ailleurs déjà signalé cette expression énergique de *manus*, qui, dans le langage des premiers Romains, signifiait la puissance dans ce qu'elle a de plus absolu : c'est ainsi que nous en trouvons la trace dans les mots *mancipium*, *manumissio*, que la tradition avait conservés⁽¹⁾.

(1) Von Ihering, *Esprit du droit romain* : « Lorsque la force

Plus tard, au contraire, les intérêts pécuniaires, inconnus d'abord, viennent à se développer. C'est alors seulement que peu à peu l'on se rend compte de l'atteinte sérieuse que ces intérêts ressentent de l'institution de la *manus*, et des effets trop absolus qu'elle produit; les agnats tuteurs de la femme *sui juris*, par exemple, se voient entièrement dépouillés par son mariage de leurs droits héréditaires, et se montrent, par suite, peu disposés à donner leur *auctoritas*. De cette situation naît un conflit d'intérêts qui appelle une modification dans les lois : la *manus* reçoit alors son premier coup; désormais, en effet, elle cesse d'être l'accessoire nécessaire du mariage, pour n'en être plus que la conséquence naturelle. De la sorte, on voit que la première restriction apportée à la *manus* tend précisément à empêcher que les biens de la femme ne la suivent dans sa nouvelle famille ⁽¹⁾.

physique est la source de l'acquisition, il est naturel que la main y joue le premier rôle comme instrument; combattre c'est en venir aux mains, *manum conserere*; attaquer, c'est mettre la main sur... *manum injicere*, *manus injectio*, la puissance juridique elle-même est nommée *manus*, parce qu'en fait c'est la main qui l'a fondée et qui la maintient. Il est vrai que le droit postérieur a limité cette expression dans son usage technique, à une seule espèce de puissance : celle du mari sur la femme, mais les mots composés au moyen de cette expression, qui sont restés en usage dans le droit postérieur, en ont conservé le sens général primitif. »

Ulpien et Justinien emploient le mot *manus* comme synonyme de *potestas dominica* (L. 4, De just. et jur., I, § 1. — Instit. pr. de libert., I, § 5).

(1) Von Ihering, *Esp. du dr. rom.*, t. II, p. 183. Point d'autre issue à ce conflit des intérêts des agnats et de leur pupille que le mariage sans *manus*. Ce n'est pas émettre une hypothèse trop hardie, que de croire que la première apparition de cette forme de mariage a eu lieu par la force même des choses et dans des circonstances où elle était d'une inévitable nécessité.

C'est donc bien vrai que ce n'était pas là le but essentiel de la *manus*, car nul ne se préoccupe de ses effets, alors que la femme, étant *alieni juris*, n'a, par conséquent, aucuns biens. Et dans ce cas quel intérêt eût-elle pu présenter au mari, si elle n'eût été qu'un régime matrimonial; elle ne lui eût apporté en réalité qu'un inconvénient, celui de diminuer la part héréditaire de ses enfants, en associant sa femme à leurs droits. Comment eût-il acquis, en effet, la propriété des biens de la femme, si elle n'en avait pas? Et cependant la *manus* présentait bien un avantage pour le mari, puisqu'il lui appartenait de la faire naître, et qu'on considérerait comme une faveur pour la femme de pouvoir s'y soustraire par l'*usurpatio trinoctium*.

Mais voyons les arguments qui ont été mis en avant par M. Gide.

Le plus important est certainement celui tiré du texte de Gaius, cité par lui, et dans lequel il est dit qu'à la différence du fils et des esclaves, les femmes peuvent bien faire acquérir la propriété, mais non la possession. « Nous pouvons également, dit le texte, acquérir la propriété par les femmes qui sont *in manu nostra*, mais il est fort douteux que nous puissions acquérir la possession par elles, car nous ne les possédons pas. » « Per eas verò personas quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt : an autem possessio adquiratur quæri solet, quia ipsas non possidemus. »

Ce texte ne semble-t-il pas dire que la femme *in manu* n'est pas *in potestate*, puisque nous y voyons au point de vue de l'acquisition de la propriété au

profit du mari par la femme « *sicut per eos qui in potestate sunt.* » Nous ne croyons pas qu'il faille s'arrêter à ces expressions, car à côté de la femme *in manu*, Gaius place les personnes *in mancipio*, or, il n'est pas douteux qu'elles étaient *in potestate*. Seulement il faut reconnaître que le *mancipium* et la *manus* formaient une *potestas* particulière, c'est sans doute pour ce motif que nous trouvons cette comparaison *sicut per eos qui in potestate*, qui n'a pas, à notre sens, une plus grande portée.

Le dernier passage est plus important. « Il est douteux que nous puissions acquérir la possession par elles, car nous ne les possédons pas. »

Et M. Gide, s'élevant plus haut que le texte, en fait ressortir un argument très habilement présenté.

« N'est-ce pas dire clairement, s'écrie-t-il, que la *potestas* frappant la personne et le corps même du fils ou de l'esclave, tout ce qu'ils possèdent *corpore*, est par cela même au pouvoir et en la possession du chef de la famille, tandis que la *manus*, n'atteignant que le patrimoine de la femme, et ne donnant aucun pouvoir sur sa personne, ne peut faire acquérir que ce qui entre dans son patrimoine, et non pas ce qui est seulement possédé par elle? »

Faut-il bien donner une telle portée au texte invoqué? Gaius lui-même n'est d'abord point aussi affirmatif, même dans ce qu'il dit, qui est pourtant bien moins significatif que la large traduction de M. Gide : « On se demande si nous pouvons acquérir la possession. » Ces quelques mots suffiraient-ils pour faire admettre que la *manus* n'avait aucun effet sur la personne de la femme : mais outre qu'on se résignerait

difficilement à en tirer une conséquence aussi importante, il suffit de faire observer que les mêmes résultats sont attribués au *mancipium*, or, serait-il possible de soutenir que le *mancipium* n'était point un pouvoir sur la personne? Voilà bien un motif, à notre avis, pour lequel le texte de Gaius ne saurait servir de base au système que nous combattons : ce qui est vrai, c'est, comme nous l'avons dit, que la *manus* et le *mancipium* se distinguent de la *potestas* du *paterfamilias* sur le fils de famille, ou du maître sur l'esclave, que ces puissances différentes produisent des effets civils distincts, mais là s'arrête la portée du texte invoqué, et rien ne prouve que Gaius ait voulu en dire davantage.

M. Gide ajoutè, il est vrai, que le père peut vendre son fils et le maître son esclave, ou, s'ils ont commis quelque dommage, les livrer à titre d'indemnité à la personne lésée, alors qu'au contraire la femme *in manu* ne peut être ni vendue, ni cédée en réparation de dommage, ni donnée en adoption.

Est-ce encore là une raison suffisante? Tout d'abord il est possible qu'au début la vente et l'abandon noxal aient pu être opérés⁽¹⁾, tant la puissance du chef de

(1) Hàtons-nous de dire que cette hypothèse n'est confirmée par aucun texte. L'opinion contraire nous paraît même préférable. Hase, *De manu*, p. 77, 113 et suiv. Le délit de la femme ne donne lieu à aucune action noxale contre le mari. — Gaius, IV-8° : « Quod vero ad eas personas quæ in manu mancipiove sunt, quotiens aut et contractu, aut et maleficio (ed. Lachmann) earum ageretur, nisi... in solidum defendantur (etc.)... » Ces textes, il est vrai, se rapportent à une époque postérieure pour laquelle il ne peut plus y avoir de contestation. D'autre part, voici comment s'exprime Von Ihering, *Esprit du droit romain*, t. II, p. 183 : « La question de savoir si le mari pouvait donner sa femme *in mancipium*, soit pour

famille était absolue, mais si de tels actes qui ne peuvent avoir lieu que chez un peuple encore dans la barbarie du premier âge, ont cessé à l'égard de la femme, alors qu'ils étaient encore pratiqués pour les esclaves et les fils de famille, on en comprend sans peine la raison : outre que la femme, d'une part, était entourée d'un certain respect, le mariage à Rome était considéré comme indissoluble, et si le divorce n'était point réprouvé par les lois, nous savons du moins qu'il ne fut guère en usage pendant bien longtemps ; dès lors n'y aurait-il pas eu là pour le mari des moyens détournés de répudier son épouse, et surtout sans cause légitime, ce qui eût été manifestement contraire à l'idée que l'on avait à Rome du mariage ? Comment donc voir dans ce fait, qui s'explique fort naturellement, la preuve que la *manus* ne conférait au mari aucun pouvoir sur la personne de sa femme ?

Enfin, dans un dernier ordre d'idée, M. Gide déclare que tous les droits que le mari a sur la personne de sa femme, il les tient du mariage et non point de la *manus*. Voici ce que nous répondons : Il est un effet certain que produit la *manus*, c'est la rupture des liens d'agnation de la femme avec les membres de sa famille naturelle, et la naissance de ces mêmes liens

la vendre, soit pour *noxæ datio*, est le seul point qui puisse soulever quelque doute, et je me garderai de le trancher. On comprend que la coutume ait réprouvé ce fait comme un outrage à la sainteté du mariage ; la prétendue défense de Romulus ne peut avoir un autre sens. Mais autre chose est la possibilité juridique du fait. La circonstance que la vente apparente de la femme était entrée dans la pratique à l'époque postérieure, semble indiquer que la vente réelle était possible à l'époque antérieure. Mais cette vente réelle s'est-elle perpétuée jusque dans l'époque historique ? A cet égard je n'oserais émettre aucune présomption. »

avec ceux de la famille de son mari. La femme a donc subi une *capitis deminutio*, de plus, devenue agnate des agnats de son mari, elle a acquis, par suite, les droits héréditaires qui en découlent, alors qu'elle a perdu ceux qui lui appartenaient dans son ancienne famille. Est-ce que ce ne sont point là des effets sur la personne? Et pourtant du temps de Gaius ces effets existaient encore.

Il est vrai que la *manus* ne jouait plus déjà qu'un rôle de moins en moins important, et que cette institution déclinait très rapidement. La puissance paternelle, de son côté, s'était considérablement affaiblie, de telle sorte que progressivement on se dirigeait vers cet état, que M. Gide attribue à la *manus*, ou le mari acquérait la propriété des biens de la femme, indépendamment d'une puissance spéciale sur la personne.

Mais est-ce la *manus* qui, à une époque donnée, a produit ce résultat? Là est le problème, et si l'on peut soutenir qu'avant de disparaître, cette institution conserva l'une des branches de son action, et qu'incapable de faire naître une puissance *in persona* qui n'était plus dans les mœurs du temps, elle continuait tout au moins à procurer au mari la propriété des biens de la femme, il n'y a, dans tous les cas, rien de certain.

Mais nous préférons, quant à nous, rejeter même ce point de vue restreint. Il n'est, en effet, point douteux que de bonne heure la préoccupation de la conservation des biens dans les familles avait prévalu, il est donc tout à fait invraisemblable que l'institution de la *manus* ait pu être conservée pour réaliser le but contraire, c'est-à-dire pour faire sortir les biens de la

femme de sa famille naturelle afin de les faire entrer dans celle du mari. Et cela, alors surtout que nous voyons se manifester d'une façon très saisissante déjà cette tendance à laisser la femme, à la dissolution du mariage, maîtresse de ce qu'elle a apporté. Lorsqu'en effet, au milieu de la corruption générale, qui, à la fin de la République, avait remplacé les mœurs austères des premiers siècles, les divorces se multiplient, on songe avant tout à réserver pour la femme ainsi répudiée les biens qu'elle possédait ou qu'elle a acquis pendant le mariage; et à cet effet on stipule au moment du mariage, c'est là l'origine de la dot, le retour, au profit du père de famille ou de la femme, de ce qu'elle a apporté. Voilà, selon nous, le régime nuptial, qui du reste s'est singulièrement développé par la suite, qui a pris la place de la *manus*, et cela avant que cette dernière ait changé essentiellement de caractère et qu'elle ait subi la transformation qu'on lui prête.

Nous ne terminerons point ces observations relatives aux effets de la *manus* sur la personne même de la femme sans préciser sa portée au point de vue particulier du divorce.

Là, la différence entre le mariage avec *manus* et le mariage libre; pour n'avoir peut-être pas toujours été nettement aperçue, n'en est pas moins essentielle.

Dans le mariage primitif, c'est-à-dire le mariage qui était toujours contracté *cum manu* et au moyen de la confarréation, la rupture de l'union qui s'ensuivait, n'était même pas entrevue, un tel mariage ne comportait pas le divorce. Cela ressort à la fois et des définitions que nous avons déjà citées et que nous retrouvons encore dans les fragments des juriscon-

sultes de l'époque classique : « Consortium omnis vitæ » (L. 1, Dig. XXIII, 2). « Viri et mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens » (*Inst.*, I, 9, 2), et de la comparaison avec les *nuptiæ ferratæ* du flamine de Jupiter qui, laissées intactes par le droit nouveau, conservèrent jusqu'à la fin ce caractère ⁽¹⁾.

Toutefois, cette situation se modifia assez rapidement et le mariage, même après confarréation, ne tarda pas à perdre ce caractère de perpétuité qui avait été dans la conception première. La diffarréation, en effet, vint en aide à la pratique nouvelle, et une cérémonie religieuse put briser le lien que la religion avait formé. Quant aux autres formes d'acquisition de la *manus*, elles avaient toujours admis le divorce.

Ce qui persista longtemps à Rome et qui constitue la différence essentielle entre le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus*, c'est que dans le premier le mari, qui a sa femme sous sa puissance, est seul libre de la répudier ⁽²⁾, que dans le second, au con-

(1) Aulu-Gelle, *N. A.*, X, 15, 23. *Matrimonium flaminis, nisi morte dirimi non est jus*. Gide, *Cond. priv.*, p. 512. Le principe de la monogamie, écrit le savant professeur, a son complément naturel dans l'indissolubilité du mariage; car la monogamie avec la faculté du divorce n'est, comme on l'a dit, qu'une sorte de polygamie successive. Le mariage est indissoluble dans l'ancienne Rome. Sans doute, cette indissolubilité n'est point écrite dans la loi : La législation romaine, nous l'avons vu, n'a point voulu toucher à l'indépendance de la famille, ni resserrer par une contrainte légale les biens que l'affection naturelle avait formés. Mais si le divorce est autorisé par les lois, il est interdit par la religion et par les mœurs : L'homme qui répudie sa femme est déshonoré par le blâme du censeur; il est excommunié par le prêtre et ne peut racheter sa faute qu'en déposant une partie de ses biens sur l'autel des divinités qui ont présidé à son union.

(2) Plutarque nous dit (*Quæst. rom.*, 22) que tel était l'objet précis d'une loi de Romulus.

traire, que l'on a appelé le mariage libre, la faculté de divorcer appartient indifféremment aux deux époux ⁽¹⁾.

Ce résultat s'explique très rationnellement lorsqu'on met en présence les deux situations que faisaient à la femme le mariage avec *manus* et le mariage libre.

Dans le mariage libre, en effet, la femme restait soumise à la puissance de son *paterfamilias*, et, dès lors, celui-ci usant de son autorité pouvait contraindre sa fille à quitter son mari ⁽²⁾ et à reprendre sa place à la maison, il put même lui imposer le divorce ⁽³⁾.

Si elle était *sui juris*, le divorce n'en était que plus facile, elle pouvait y recourir à son gré, il lui suffisait pour cela de quitter la maison de son mari, celui-ci n'avait aucun moyen juridique de la contraindre à revenir auprès de lui.

(1) M. Esmein, *Manus*, p. 11. « C'est que si le mariage libre et le mariage avec *manus* produisaient l'un et l'autre la paternité légitime, ils différaient, croyons-nous, sur un point capital. C'est la question du divorce qui se posa pendant longtemps sur l'antagonisme des deux sortes d'union; et les interprètes, en donnant au mariage sans *manus* le nom de mariage libre, ont d'avance traduit notre pensée. »

(2) A l'origine, le père de famille peut revendiquer sa fille même à l'encontre de son mari (L. 4, § 2, Dig. vi, 4). Plus tard, il put opposer au mari l'interdit *De liberis exhibendis* (L. 3, § 3, Dig. XLIII, 30).

(3) Cicéron (*Ad Heren.*, II, 24, 38) reproduit les vers suivants dans lesquels une jeune femme fait à son père le reproche de l'avoir séparée de son mari :

« Injuria abs te adficio indigna pater;
Nam si improbum Chresphonten existimaveris,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus
Cur talem invitam invitum linguere cogis? »

Et voici la réponse qu'il place dans la bouche du père : « Nulla te indigna, nata, adficio injuria si probus est, collocavi : sin est improbus, divortio te liberabo incommotis. »

Dans le mariage avec *manus*, au contraire, la femme était *in potestate mariti*, elle était pour lui *loco filix*, et il pouvait exercer sur elle tous les droits qui en découlaient. C'est ainsi qu'il pouvait revendiquer sa femme qui avait quitté le domicile conjugal sans sa volonté ⁽¹⁾. Bien plus, quiconque aurait donné asile à la femme ainsi recherchée par son mari aurait pu être poursuivi comme voleur ⁽²⁾. De la sorte, on le comprend, le divorce n'était qu'aux mains du mari, lui seul pouvait faire abdication de sa puissance et répudier son épouse; celle-ci ne pouvait, au contraire, briser malgré lui le lien de sujétion que la *manus* avait engendré.

Nous retrouvons, d'ailleurs, cette situation identiquement la même dans l'ancien droit germanique où le mari qui avait le *mundium* sur sa femme ⁽³⁾, avait seul le droit de divorcer : « Au contraire, dit Löning ⁽⁴⁾, ni la femme ni ses parents ne pouvaient de leur seule volonté rompre le mariage; la première parce que, dans le mariage, elle se trouvait sous la puissance de son mari, à laquelle elle ne pouvait pas plus se soustraire qu'à celle de son tuteur naturel; les seconds parce que le tuteur naturel avait, lors du mariage, transféré la puissance au mari..... C'est seulement assez tard que sous l'influence du droit romain, on reconnut à la femme le droit de divorcer pour cer-

(1) Gaius, I, 118.

(2) Gaius, III, 199.

(3) Observons que dans le droit germanique le mari avait toujours le *mundium*, la distinction que le droit romain avait créée entre le mariage avec *manus* et le mariage sans *manus* était inconnue des Germains.

(4) *Geschichte des deutschen kirchenrechts*, t. II, p. 618.

tains motifs déterminés, mais hors de ces cas, jamais elle ne pouvait rompre l'union, tandis que le mari le pouvait toujours. »

Certains auteurs opposent cependant à cette doctrine un texte de Gaius ; nous devons en dire un mot. Après nous avoir dit d'abord que la femme *in manu* ne peut pas plus que la *filiafamilias* à l'égard de son *pater*, contraindre son mari à abdiquer sa puissance, le jurisconsulte établit cependant une exception « *repudio misso*. » Voici d'ailleurs le texte : « *Nihilo magis potest cogere quam filia patrem, sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; hæc autem virum, repudio misso, proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset* ⁽¹⁾. » Toute la difficulté réside dans le sens de ces deux mots « *repudio misso*, » si le jurisconsulte veut dire, le *libellus repudii* ayant été renvoyé par le mari, évidemment le texte ne fait aucunement échec à l'opinion que nous avons soutenue. Il en serait différemment si ces termes s'appliquaient également à la femme, mais hâtons-nous de dire que cela ne prouverait qu'une chose, c'est qu'au temps de Gaius, la femme avait pu conquérir le droit qu'elle n'avait point auparavant, cela s'expliquerait d'ailleurs par la décadence déjà fort avancée de la *manus* et par les progrès au contraire rapides du divorce.

Au point de vue des biens, la *manus* produisait des effets assez nombreux et assez importants.

Le premier était de faire passer dans le patrimoine du mari tous les biens qui appartenaient à la femme,

(1) L. 101, § 1. Dig. L, 16.

ou qui pouvaient lui advenir pendant le mariage. — Désormais le patrimoine du mari et celui de la femme ne faisaient qu'un, et le mari en avait non seulement l'administration, mais même l'entière disposition (Gaius, *Com.*, II, § 98).

La translation de propriété résultait de la seule *conventio in manum*, de plein droit, sans aucune tradition : c'était, en quelque sorte, comme un véritable héritier, que le mari acquérait l'*universum jus* de la femme ⁽¹⁾.

Mais la *manus*, avons-nous dit, opérait à l'égard de la femme une *capitis deminutio* (Ulpien, XI, § 13). Il en résultait que certains droits lui appartenant s'éteignaient en sa personne, tels que les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, l'*obligatio libertorum* (etc.) : c'est ce que nous dit Gaius : « *Ususfructus, operarum obligatio libertorum qua per jusjurandum contracta est et quæ continentur legitimo iudicio* » (*Com.*, III, § 83).

Par la *manus*, la femme devenait *heres sua* du mari, il en résultait que si ce dernier avait fait un testament avant d'avoir acquis la *manus* ce testament était rompu et qu'il y avait lieu d'en faire un nouveau.

Mais la femme ne devenait pas seulement *heres sua* de son mari ; étant désormais aquate dans la famille de celui-ci, elle acquérait des droits héréditaires à l'égard de tous ses nouveaux agnats.

C'est ainsi qu'elle succédait *ab intestat* à son mari

(1) Gaius, II, 98. « Si cui heredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, sive cujus bona emerimus, sive quem adrogaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt. »

au même titre que les enfants de ce dernier, sans distinguer entre ceux d'un autre lit et ses propres enfants, le lien d'agnation les mettant tous au même degré. A défaut d'héritiers siens, elle héritait de la totalité.

Il en était de même à l'égard de la succession du père et du grand-père de son mari pour lesquels elle était *neptis loco* et *proneptis loco*.

En ce qui concerne la succession de ses enfants, elle avait les mêmes droits que si elle eût été sœur consanguine, elle succédait donc s'ils ne laissaient pas d'héritiers siens, car elle se trouvait alors l'agnate du degré le plus rapproché.

Quant à la succession de la femme *in manu*, elle se réglait tout naturellement au profit des agnats les plus rapprochés, c'est-à-dire au profit de ses enfants ou de ceux de son mari, ou à défaut au profit des autres agnats, en suivant l'ordre des degrés. Il est à remarquer que la succession de la femme ne s'ouvrait que tout autant qu'elle ne mourrait qu'après son mari, car celui-ci étant vivant, elle ne pouvait avoir aucuns biens.

La femme *in manu* pouvait-elle faire un testament? Il n'est pas douteux que cette faculté lui était absolument interdite par cette raison fort simple qu'elle était sous l'autorité de son mari, autorité dont les effets se perpétuaient même après le décès de celui-ci.

La *manus* avait enfin pour effet, en cas de prédécès du mari, de faire tomber la femme sous la tutelle de ses agnats qui, le plus souvent, se trouvaient être ses propres enfants. Ce résultat singulier n'avait pas arrêté les Romains, rien ne montre mieux qu'à cette époque la tutelle était bien exclusivement organisée dans l'intérêt des tuteurs.

Avant de terminer sur ce point, il n'est peut-être pas sans intérêt de compléter par un aperçu général ce que nous avons déjà dit de la capacité civile de la femme *in manu*. Il n'apparaît pas, d'ailleurs, qu'elle différât essentiellement de celle des fils de famille. La femme *in manu* pouvait, en effet, acquérir par les divers moyens du droit civil sauf l'*in jure cessio*; elle pouvait même, nous le croyons du moins, avoir un pécule ⁽¹⁾; il est vrai que ce pécule était forcément différent de celui du fils de famille pour lequel les pécules *castrense* et plus tard *quasi castrense* étaient les plus importants, du moins pendant une longue période.

Il faut remarquer également que si la femme pouvait acquérir la propriété pour son mari, elle ne pouvait pas, à la différence du fils de famille, lui acquérir la possession *quia ipsas non possidemus*, dit Gaius (*Com.*, II, § 90). Nous avons d'ailleurs déjà eu l'occasion d'examiner ce texte.

La femme *in manu* pouvait même, dans une certaine mesure, être considérée comme ayant une capacité civile plus étendue que la femme *sui juris*, car si elle n'acquerrait que pour son mari au lieu d'acquérir pour elle-même, du moins n'avait-elle pas besoin pour agir de l'*auctoritas* des tuteurs indispensable aux femmes *sui juris*.

(1) Von Ihering, *Esprit du droit romain*, t. II, p. 182, note 288.
« L'assertion que la femme ne pouvait avoir de pécule manque de tout fondement. Plaut., *Cas.*, II, 2, 26 : *Nam peculii probam nihil habere addeceat elam virum* (Elle pouvait donc en avoir un avec le consentement du mari). Du reste, le cas devait évidemment être bien plus rare pour la femme que pour les enfants et les esclaves.

CHAPITRE IV.

COMMENT LA MANUS PRENAIT FIN.



On dit assez généralement que la *manus* se dissolvait tout naturellement par la mort de l'un des époux.

Cette formule ne nous paraît point exacte; tout au plus pourrait-on dire qu'il en était ainsi si la femme mourait la première, et encore, s'il est vrai que la *manus*, en tant que puissance sur la personne, disparaissait forcément, l'effet persistait encore au point de vue des biens qui restaient la propriété du mari, sans que les anciens agnats de la femme puissent prétendre à sa succession.

Mais le mari venait-il à mourir le premier, le lien d'agnation, que la *manus* avait créé, n'était nullement rompu, et si la femme devenait *sui juris*, c'était pour tomber du même coup sous la tutelle des agnats de son mari. Bien plus, si le père de son mari était encore vivant, elle restait sous sa puissance *loco neptis*, à moins que son mari ne soit sorti lui-même avant sa mort de la puissance de son père.

On cite également la *capitis deminutio* comme ayant pour effet de dissoudre la *manus*. Ce point mérite quelques observations :

Si la *capitis deminutio* était encourue par la femme, du moins la *media* et la *maxima*, l'effet produit était bien plus considérable que l'effet produit par sa mort, et c'est à tort, à notre avis, que l'on a comparé les deux situations. Sans doute, comme en cas de décès, le mari gardait les biens de la femme, mais ce résultat, en somme fort naturel si la femme n'était plus, était, au contraire, fort dur lorsque la femme restait vivante et que la dissolution de la *manus* résultait d'une *capitis deminutio*. De plus, tous les liens d'agnation étaient rompus, et la femme désormais, non seulement se trouvait dépossédée des biens qu'elle avait acquis, mais même ne pouvait plus en acquérir d'aucuns côtés.

La *capitis deminutio* était-elle encourue par le mari, les effets n'étaient pas tout à fait les mêmes; sans doute, les liens d'agnation qui unissaient le mari et la femme étaient rompus, mais la femme restait néanmoins l'agnate des agnats de son mari.

La situation du mari prisonnier de guerre et par suite *capite deminutus*, sauf le bénéfice du *postliminium*, a fait naître une question. La femme, par l'absence de son mari, ainsi captif chez l'ennemi, devenait *sui juris*, mais si le mari revenait dans sa patrie, le *jus postliminii* était-il applicable à la *manus*? La raison de le décider ainsi pourrait être que, en vertu du *postliminium*, et par une fiction toute de faveur pour le captif qui recouvre la liberté et revient dans sa patrie, celui-ci est censé n'avoir jamais perdu la liberté et se trouve relevé des effets de la *capitis deminutio* qu'il avait encourue. C'est ainsi qu'il est considéré comme n'ayant jamais perdu la puissance

paternelle (*Inst.*, § 5, *Quib. mod. jus. potest.*, I, 12), pourquoi n'aurait-il pas conservé également la puissance maritale?

L'opinion contraire nous semble cependant préférable. Il n'est point, en effet, tout à fait exact de dire que le *jus postliminii* fasse entièrement disparaître tous les effets produits par la *capitis deminutio* encourue par le captif. La fiction du *postliminium*, comme le dit M. Accarias, ne va pas jusqu'à effacer les faits accomplis.

Or il est certain que la captivité du mari a éteint la *manus*, puisqu'elle a même dissous le mariage, c'est ce que nous dit le jurisconsulte Paul : « Dirimitur matrimonium divortio, morte, *captivitate* vel alia contingente servitute utrius eorum » (L. 1, Dig., *De divortiis et repud.*, XXIV, 2).

Et cet effet se produit malgré la volonté contraire de la femme, et quelques efforts qu'elle fasse pour l'empêcher « sed captivi uxor, dit le jurisconsulte Typhoninus, tametsi maxime velit, et in domo ejus sit : non tamen in matrimonio est » (L. 12, § 4, Dig., *De captiv.*, XLIX, 15).

Citons enfin un dernier texte duquel il résulte que le *postliminium* n'a pas pour effet de faire revivre le mariage : « Non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit, sed consensu redintegratur matrimonium » (L. 14, § 1, XLIX, 15).

Il est donc bien certain que le mariage est dissous par la captivité de l'un des époux et que le fait du retour est impuissant pour le faire renaître *jure postliminii*. Il peut cependant se reformer, dit Pomponius, par un nouveau consentement.

La question se précise : si le mariage se reforme, se

reformait-il tel qu'il existait auparavant, c'est-à-dire *cum manu*, ou bien la *manus* n'est-elle acquise au mari que tout autant qu'il obtient de nouveau par l'un des modes d'acquisition du droit civil.

C'est cette dernière alternative qui nous paraît la plus logique. Si, en effet, le *jus postliminii* n'a pas une vertu suffisante pour remettre sur pied l'union que la captivité a dissoute, on comprend que cette union puisse être réformée par l'effet du consentement des époux, le consentement, en effet, suffit à l'existence du mariage; au contraire, la *manus* ne s'acquiert point par le seul consentement. Or, pour supposer que la *manus* survive, il faudrait tout au moins considérer que l'union des époux que leur consentement a renouée, est l'union ancienne elle-même qui revit, et il n'en est point ainsi, c'est une véritable union nouvelle.

Cette règle qui rompait à jamais le mariage dès l'instant de la captivité de l'un des époux, était une conséquence logique de la cause et du but du mariage, l'union des époux; dès le moment qu'ils étaient séparés, et séparés juridiquement et physiquement, il ne pouvait plus être question de mariage, et l'époux, ainsi abandonné, reprenait définitivement sa liberté. Logique un peu rigoureuse sans doute, mais qui avait sa raison d'être dans l'inconvénient qu'il y aurait eu dans bien des cas de briser tous les faits ayant pu s'accomplir *ex intervallo*, une union nouvelle par exemple.

Ces mêmes motifs avaient inspiré un rescrit de Sévère et Antonin, qui décide au contraire que le mariage reste maintenu, avec tous ses effets, lorsque le mari et la femme, faits prisonniers en même temps, ont recouvré ensemble la liberté : « Divi Severus et Antoninus res-

cripserunt. Si uxor cum marito ab hostibus capta fuerit, et ibidem ex marito enixa sit. Si reversi fuerint, justos esse et parentes et liberos, et filium in potestate patris, quemadmodum jure postliminii reversus sit. Quod si cum matre sola revertatur : quasi sine marito natus, spurius habebitur » (L. 25, Dig. XLIX, 15).

Quant à la *minima capitis deminutio*, ce n'est que tout à fait dans le très ancien droit qu'elle avait pour effet de rompre le lien d'agnation entre le mari et la femme, et de faire ainsi cesser la *manus*. On cite en effet une loi de Numa Pompilius qui, pour empêcher ce résultat, défendit au père de famille d'émanciper son fils ou de le donner *in mancipio*, lorsqu'il était marié *cum manu* ⁽¹⁾.

De ce qui précède il résulte bien que la *capitis deminutio* peut être rangée parmi les causes de dissolution de la *manus*, mais c'est là une cause indirecte, produite par un principe général, la *manus*, en effet, institution du droit civil, ne pouvait résister à la perte de la liberté ou de la cité. Mais à côté de ces causes de dissolution de la *manus*, les Romains avaient créé, ce qui est plus remarquable, de véritables moyens, des moyens directs d'éteindre la *manus*. — Ces moyens, au nombre de deux, étaient la *diffarreatio* et la *remancipatio*.

Diffarreatio.

La *diffarreatio*, comme son nom l'indique, avait pour but de détruire les effets de la *confarreatio*. —

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, pag. 163 : « D'après une loi de Numa Pompilius que mentionne Denys d'Halicarnasse (II, 27), le fils de famille une fois marié ne pouvait plus être vendu. »

C'était donc, comme la *confarreatio* elle-même, une cérémonie religieuse dans laquelle on avait recours aux mêmes symboles; mais où les paroles prononcées et l'ordre des rites étaient tout naturellement en raison du but contraire que l'on se proposait. Pas plus que sur la *confarreatio*, aucuns détails précis ne nous ont été transmis, mais il ne peut y avoir aucun doute sur son existence même; elle est formellement attestée en effet par ce passage de Festus : « Diffarreatio genus est sacrificii, quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio, dicta diffarreatio quia fiebat farreo, libo adhibito. »

Il est évident que la *diffarreatio* ne pouvait être employée comme mode de dissolution de la *manus*, que lorsque celle-ci résultait de la *confarreatio*. Du reste, nous avons déjà exprimé cette opinion qu'au début la *confarreatio*, d'un usage constant chez les patriciens, était le seul mode d'acquisition de la *manus*; la *diffarreatio* apparaît donc également comme le premier moyen de la dissoudre.

Mais par la *diffarreatio*, était-ce la *manus* seule qui était éteinte; n'avait-elle pas au contraire pour effet de dissoudre le mariage lui-même, nous trouvons en effet dans le texte ces mots qui paraissent significatifs : « quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio. » Malgré cela, il est difficile de répondre d'une façon certaine. Nous savons en effet que si le divorce était possible, il était extrêmement rare, et dès lors il faudrait considérer la *diffarreatio* comme un instrument inutile. Mais nous savons également qu'au début le père de famille pouvait rompre, en vertu de son autorité, le mariage auquel il avait pourtant consenti, peut-être dans ce cas là avait-on recours à la *diffarreatio*.

Le respect que les premiers Romains avaient pour le mariage ne laissent pas supposer, en effet, que la volonté du père devait être considérée comme suffisante pour anéantir un mariage conclu dans les rites solennels de la *confarreatio*.

Quoi qu'il en soit, la *diffarreatio* ne dut jamais être que très rarement et exceptionnellement employée.

Remancipatio.

Tout autre fut la destinée de la *remancipatio*, créée tout exprès à une époque où déjà l'on ressentait une véritable gêne de l'antique institution de la *manus*, et où, suivant une coutume familière au génie romain, sans oser porter la main sur l'institution elle-même, on cherchait à en atténuer la force, ou même à l'annihiler par d'ingénieux procédés.

La remancipation était tout simplement une mancipation de la femme opérée par le mari, et si on lui a donné le nom de remancipation, c'est que la plupart du temps elle avait lieu au profit de la famille naturelle de la femme, dans laquelle cette dernière reprenait ainsi ses droits. La femme pouvait, il est vrai, se faire remanciper à une personne de son choix, ainsi que nous l'atteste Gaius : « Deinde a coemptionatore remancipata ei cui velit (*Com.*, I, § 115).

En réalité, le mari aurait pu opérer ainsi l'extinction de la *manus*, sans que le mariage fût dissous ; mais l'extinction de la *manus* n'était point la seule raison d'être de la *remancipatio* ; son but véritable allait plus loin, il consistait à donner à la femme le moyen de divorcer. Nous ne sommes plus au temps, en effet, où

le divorce, inscrit dans la loi, est inconnu dans la pratique. Les mœurs se sont singulièrement retournées. Et ce point de vue est tellement exact, que la femme a le droit de contraindre son mari à opérer cette mancipation, et que dans ce cas le mariage est dissous du même coup (Gaius, *Com.*, I, § 137).

Il est même certain que de bonne heure, sans qu'on puisse autrement préciser, en prévision de cette remancipation, l'usage s'était introduit pour le père de famille qui mancipait sa fille lors du mariage, d'ajouter des pactes accessoires qui lui permettaient d'exiger, lors de la remancipation qui lui était faite, le retour de ses biens.

Ce dernier état de choses, d'ailleurs, correspondrait encore à la facilité que l'on voulait donner à la pratique du divorce. En lui laissant reprendre ses biens, on favorisait, en effet, la femme dans la recherche d'une union nouvelle.

La remancipation accompagna évidemment la *manus* jusqu'à sa disparition; elle fit mieux, elle l'aida même à disparaître; par la facilité qu'elle procurait à la femme de briser la puissance à laquelle elle était soumise, son action dissolvante ne s'arrêtait point aux mariages qu'elle brisait, mais atteignait l'institution elle-même.

CHAPITRE V.

DE LA MANUS « FIDUCIÆ CAUSA. »

Il n'y a pas, à proprement parler, deux sortes de *manus*, la *manus matrimonii causa* et la *manus fiduciæ causa*. La *coemptio fiduciæ causa* ne fait naître en effet la *manus* que pour la faire disparaître, et pendant un temps de raison, le seul nécessaire pour que la fiction de droit puisse produire son effet. Bien plus, non seulement la *coemptio fiduciæ causa* ne fait pas naître sérieusement, entre les mains du *coemptionator*, une puissance quelconque sur la femme qui en est l'objet, mais même elle anéantit, et c'est là le but pour lequel elle a été imaginée, un pouvoir également ancien et très longtemps respecté, la tutelle des femmes pubères.

Avec les progrès du temps et des mœurs, la tutelle, comme la *manus* d'ailleurs, n'avait plus sa raison d'être. Fondée exclusivement sur l'organisation toute spéciale de la famille et instituée par conséquent dans l'intérêt seul des tuteurs et non point à cause de la faiblesse et de la fragilité de la femme, comme on s'est plu à le dire, il est évident que cette institution ne pouvait subsister, alors que la famille, se transformant

et s'éloignant de plus en plus de sa constitution primitive presque purement juridique, tendait à s'asseoir sur un fondement beaucoup plus naturel et plus juste, le lien du sang.

Avant que la *coemptio fiduciæ causa* eût été imaginée, la tutelle était d'ailleurs déjà considérablement entamée. Depuis longtemps, en effet, elle tendait à s'échapper des mains des anciens tuteurs, c'est-à-dire des agnats, pour passer, à leur détriment, entre les mains de nouveaux tuteurs, au premier rang desquels nous trouvons les tuteurs testamentaires. Le père d'abord avait pu nommer à sa fille restée en sa puissance un tuteur par son testament. Le mari ensuite eut le même droit à l'égard de la femme qu'il avait *in manu*. Il pouvait même autoriser sa femme à se choisir elle-même un tuteur « *tutor optivus*. » L'on alla même jusqu'à considérer une semblable disposition comme autorisant la femme à se choisir un tuteur pour un seul objet et seulement lorsque l'occasion nécessitait pour elle son assistance, et encore avait-elle le droit d'en choisir chaque fois un nouveau.

On comprend combien ces tuteurs étaient moins gênants pour la femme que ses agnats; ils n'avaient point, comme ces derniers, en effet, d'intérêt à la prospérité des biens de la femme dont ils avaient la tutelle. En réalité, cette tutelle dans laquelle la femme avait une autorité bien supérieure à celle du tuteur lui-même, n'était plus que l'ombre de la tutelle, elle avait été imaginée uniquement pour permettre à la femme d'échapper à celle des agnats condamnée en principe, mais encore debout jusqu'à ce que le temps, accomplissant son œuvre, l'ait définitivement renversée.

Après la tutelle testamentaire, vient ensuite la tutelle dative. Dans certains cas, le magistrat est autorisé à nommer un tuteur à la femme, et, au fur et à mesure que nous avançons nous voyons le cadre s'élargir, et les cas où l'intervention de l'autorité se manifeste pour la nomination du tuteur, se multiplier. Tout d'abord le magistrat est chargé de nommer un tuteur à la femme qui n'a ni tuteur légitime, ni tuteur testamentaire. Plus tard, le tuteur légitime est-il incapable de gérer, ou est-il absent ou empêché, le magistrat pourra encore désigner un tuteur. Enfin arrive un moment où la moindre cause autorise la femme à faire suppléer son tuteur légitime par un tuteur datif, s'il est malade, s'il est absent, aussi courte que doive être son absence (etc.), et cette nomination a pour effet de faire cesser définitivement la tutelle légitime.

Il ne restait plus, on le voit, qu'un pas à franchir pour que la tutelle légitime n'ait plus qu'une existence purement nominale, et soit entièrement soumise au caprice de la femme; la *manus* fournit l'expédient pour le franchir. « C'est ici, dit M. Gide, que la *manus* vient servir d'instrument pour renverser la tutelle. La femme se soumettait à la *manus*, non pour se marier, mais pour la forme, de connivence avec un ami complaisant, qui abdiquait ses pouvoirs le lendemain. Par là, les liens d'agnation étaient rompus, la femme acquérait le droit de tester et obtenait, sous la tutelle commode d'un homme de son choix, une complète indépendance ⁽¹⁾. »

La *coemptio fiduciæ causa* n'a donc d'autre but que

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, dern. édit., p. 139.

de permettre à la femme d'échapper à la tutelle de ses agnats et si elle se choisit un tuteur à la place, on comprend que ce n'est plus que pour la forme. Désormais l'institution de la tutelle peut être considérée comme morte, et si elle semble persister, elle ne le doit qu'à cette habitude, très particulière au génie romain, de continuer l'œuvre juridique, pour la plier aux besoins du jour, avec une admirable patience, sans jamais détruire le passé.

Au point de vue de la forme, la *coemptio fiduciæ causa* avait lieu en tous points comme la *coemptio matrimonii causa* elle-même. Le consentement du père de famille ou l'*auctoritas* des tuteurs, si la femme était *sui juris*, était également nécessaire. De la sorte la femme, faisant l'objet de la *coemptio*, sortait de la famille de son père ou de la tutelle de ses agnats, et tombait *in manu coemptionatoris*, mais elle était immédiatement mancipée par ce dernier à la personne qu'elle avait elle-même choisie, laquelle l'affranchissait à son tour, et gardait par suite la tutelle.

Le *coemptionator*, en même temps qu'il mancipait la femme, lui rendait ses biens. C'est là ce qui faisait l'objet du contrat de fiducie qui accompagnait la *coemptio*.

La *coemptio fiduciæ causa* ne servait pas seulement au changement de tuteurs suivant les désirs ou les caprices de la femme en tutelle, les textes nous en révèlent deux autres applications, qui, comme la première, ont pour but d'éluder certaines anciennes règles que le formalisme romain maintenait debout, mais qui avait déjà perdu toute force et toute autorité. — Ces deux applications sont désignées sous les appellations

de *coemptio testamenti faciendi et sacrorum interim endorum causa*.

La *coemptio testamenti faciendi causa* avait pour but de permettre à la femme de faire un testament. Dans l'ancien droit cette faculté était absolument refusée à la femme, et on le comprend, étant donné qu'il s'agissait avant tout d'assurer la conservation des biens dans la famille civile, résultat qui eût été compromis si la femme avait pu, par un testament, exhériter ses agnats pour instituer ses parents naturels ⁽¹⁾; mais au fur et à mesure que la famille civile se désagrégea et que le principe de la conservation des biens fut battu en brèche par le retrait progressif de la tutelle des mains des agnats, les seuls intéressés à cette conservation, l'inconvénient de laisser aux femmes *sui juris* le droit de tester disparut, et bien que la règle persistât, la pratique trouva dans la *coemptio* le moyen fort simple d'y échapper.

Dans l'ancien droit, en effet, on reconnaissait aux femmes affranchies le droit de tester pourvu qu'elles y soient autorisées par leur patron (Gaius, *Com.*, III, § 43), ce qui démontre bien que cette prohibition n'avait d'autre fondement que l'intérêt des héritiers. Il en était en effet de même en ce qui concerne les femmes qui n'avaient pas d'agnats, inutile dans ce cas de sauvegarder des droits héréditaires qui n'avaient plus de titulaires.

Pour arriver donc à donner à la femme le droit de

(1) Au début un obstacle de forme empêchait d'ailleurs la femme de procéder à la confection de son testament (*calatis comitiis on in procinctu*), mais lorsque plus tard le testament *per æs et libram* fut introduit, l'impossibilité pour la femme de tester n'en persista pas moins pour la raison que nous avons indiquée.

tester, on imagina de la mettre dans la situation même des femmes auxquelles ce droit était reconnu, et par suite de lui faire perdre la condition d'ingénue pour la réduire à l'état d'affranchie. — Ce que l'on obtenait par la *coemptio*. C'était en effet une situation analogue à celle d'affranchie que la situation qui résultait pour la femme de la mancipation dont elle était l'objet. Le *coemptionator*, c'est-à-dire la personne à laquelle elle avait été mancipée, et qui l'affranchissait *vindicta*, devenait, en même temps que son tuteur, son patron, et l'on décidait que désormais elle pouvait tester avec son consentement.

Voici d'ailleurs ce que Gaius nous fait connaître sur ce point : « Olim etiam testamenti faciendi gracia fiduciaria fiebat coemptio : tunc enim non aliter feminæ testamenti jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent, remancipatæ que et manumissæ fuissent, sed hunc necessitatem ex auctoritate divi Hadriani remisit » (*Com.*, I, § 115).

Il est à remarquer que le texte nous indique que certaines femmes pouvaient tester « *exceptis quibusdam personis*, » y est-il dit. Ces personnes étaient sans doute, en outre des affranchies ou des femmes n'ayant plus aucun agnat, dont nous avons déjà parlé, les *Vestales*, qui jouissaient, comme on le sait, de privilèges particuliers.

D'ailleurs, bientôt, c'est Gaius qui nous l'apprend également (*in fine*), la *coemptio* ne fut même plus nécessaire, car un sénatus-consulte rendu sous Adrien en admettant toutes les femmes à tester dès l'âge de la puberté, les dispensa de recourir à ces formalités détournées.

La *coemptio sacrorum interimendorum causa*, correspondait à l'indifférence croissante qui gagnait les Romains à l'égard de leur culte domestique, pour lequel ils avaient eu ; aux premiers âges, un si grand attachement, et qui avait joué dans la création de leur droit primitif un rôle si prépondérant. Aussi, poussés par la gêne et la lassitude que la conservation des *sacra* leur imposait, cherchaient-ils à s'en débarrasser, sans oser toutefois, tant le respect superstitieux avait de profondes racines, profaner leurs dieux domestiques ou les chasser brutalement de leur foyer.

C'est ainsi qu'ils avaient encore recours au moyen détourné de la *coemptio*. Une femme était-elle appelée à une hérédité, avec les biens du défunt, elle recueillait également les *sacra*, et devait pourvoir à leur entretien et à leur conservation ; voulait-elle se soustraire à cette charge, tout en ne répudiant pas l'hérédité, elle s'adressait à un vieillard sans enfants et faisait avec lui la *coemptio*. Le vieillard lui donnait ensuite l'ordre de faire adition, et devenait ainsi lui-même héritier. Il l'affranchissait alors et lui restituait les biens provenant de l'hérédité. De la sorte il restait simplement chargé des *sacra*, en sa qualité d'héritier, mais à sa mort, comme il n'avait point lui-même d'héritier, les *sacra* s'éteignaient ⁽¹⁾.

(1) Von Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 274, nous parle assez plaisamment de cette application spéciale de la *coemptio* : « A l'époque de la décadence, écrit-il, le culte des *sacra privata* était devenu un fardeau : grâce à la *coemptio*, les femmes parvinrent à s'en affranchir à peu de frais. Elles se procuraient, pour jouer le rôle de *coemptionator*, quelque vieux célibataire tout près de sa fin prochaine, le rémunéraient d'avance pour le service qu'il allait

On comprend aisément que la *coemptio*, ainsi fréquemment répétée dans Rome, devait amener assez rapidement la disparition des *sacra*. Ainsi s'émiettait et disparaissait cette vieille institution qui avait été, pendant si longtemps, la base même de la constitution politique des Romains, et le fondement des dispositions les plus importantes de leur droit civil.

leur rendre, et lui avançait les moyens nécessaires pour subvenir jusqu'à sa mort aux frais des sacrifices. Parfois, elles le choisissaient tel que son indigence notoire ou ses infirmités le missent hors d'état d'accomplir cette obligation. Il était moins coûteux encore pour la femme de se rendre au marché des esclaves et d'y acheter, dans le sens propre du mot, celui qu'elle entendait charger du fardeau de son culte domestique. Elle lui donnait la liberté et exécutait avec ce nouvel affranchi la comédie que nous venons de décrire, il ne lui en coûtait ni une bonne parole, ni une obole. Pareils êtres qui n'étaient plus bons qu'à mourir, qui n'avaient plus que ce dernier rôle de *senex coemptionalis* à jouer dans la vie ne valaient pas beaucoup : la femme n'était gênée par aucun enchérisseur.

CHAPITRE VI.

COMMENT ET POUR QUELLES CAUSES LA MANUS A DISPARU.

Au point où nous sommes parvenus, nous connaissons déjà ce que fut l'institution de la *manus*; nous avons pu apercevoir dans les souvenirs un peu confus qui entourent la naissance du peuple romain, ses origines premières. Nous avons pu reconnaître les causes qui l'avaient fait adopter par les Romains, comme une institution maîtresse, venant se souder et se fondre d'une façon nécessaire, et pour n'en former qu'une seule, à cette autre autorité, la *patria potestas*, qui fut, dès le début, comme la clef de voûte de la famille, cette entité politique, qui avait précédé l'organisation même de l'état, par qui elle devait plus tard être absorbée. Nous l'avons ensuite suivie pas à pas dans son développement, notant à chaque instant l'influence profonde qu'elle avait exercée sur la formation du vieux droit civil des Romains; nous avons vu enfin sa décadence et nous avons pu en suivre la marche lente mais certaine; nous voici arrivés à sa ruine définitive. — Après les longs efforts du temps, les émiettements successifs qui, sans cesse, l'ont diminuée, elle a finalement disparu, elle n'a point été renversée, elle est tombée en poussière.

Essayons donc, en quelques mots, et pour terminer cette intéressante étude, de rechercher quelles furent les causes de cette chute et de cette désaffection du peuple romain pour une de ses institutions qui lui avaient été le plus chères.

Nous avons déjà dit que la *manus* fut, au début, inséparable du mariage, et que ce ne fut qu'un certain temps après la naissance de Rome, sans qu'on puisse préciser exactement, que le mariage sans *manus* fut admis, et nous avons souligné cette faculté laissée à la femme de se soustraire à la *manus* de son mari, comme une diminution et un affaiblissement de la famille et comme une première conquête au profit de la femme ⁽¹⁾. Peu à peu, en effet, le mariage sans *manus* s'est introduit dans les habitudes des Romains. Au début, une seule chose importait, l'unité de la famille et l'autorité de son chef, qui devait veiller à la défense commune et à la garde des *sacra* : quant aux intérêts pécuniaires, ils étaient encore inconnus, seul le groupement des familles, sur un point de territoire que l'accroissement naturel de la population rendait chaque jour plus restreint, devait amener, dans un

(1) Ce point de vue, qui est indiqué dans un certain nombre d'auteurs, est contesté par M. Labbé, qui écrit : « Le mariage libre sans *manus* n'a point été une décadence, une dégénérescence de la pureté primitive, il s'est dégagé d'une façon naturelle, d'une conception juridique, qui n'assignait pas à la mère de famille une place nécessaire et une fonction spéciale. » Et plus loin : « Notre théorie ne diffère de celle de M. Esmein qu'en un point : Le mariage avec *manus* était, dans sa pensée, seul conforme à l'idéal du mariage romain. A notre avis, le mariage sans *manus* était aussi conforme à la conception vraiment romaine du mariage et de la famille. La *manus* a dû, de très bonne heure, se séparer du mariage. Elle s'en est détachée sans grand effort, sans décadence. »

temps plus ou moins long, la nécessité de la propriété individuelle, et développer, à l'aide de la civilisation qui naît et se répand d'elle-même au sein de toute réunion d'hommes, les ressources diverses qui, en créant les jouissances et par suite les besoins, font naître la richesse et le désir de la richesse.

Ce nouvel état de choses, en créant dans Rome deux classes distinctes que la fortune, plus que la naissance, avait profondément divisées pour asservir l'une à l'autre, avait fait naître un principe auquel, on le comprend, ceux qui détenaient la fortune étaient fortement attachés, c'était la nécessité de conserver indéfiniment dans la famille les biens qui assuraient son indépendance et en même temps sa suprématie. Or, la *manus*, en donnant au mari la propriété des biens de la femme, les faisant ainsi sortir irrévocablement de la famille de cette dernière, allait à l'encontre de ce principe. C'est de cette cause que vint la première atteinte qui fut portée à la *manus*, c'est ce motif qui donna naissance au mariage libre, c'est-à-dire sans *manus*.

On comprend que cet état de choses ne put que se développer et que la brèche, ainsi faite à cette antique institution, dut chaque jour s'agrandir.

Mais, à côté de ces intérêts dont l'action était plus lente, et surtout plus restreinte, plus limitée, les mœurs se chargeaient, en attaquant à la fois l'autorité du mari et le mariage lui-même, de précipiter l'évolution qui devait amener la chute finale de la *manus*. Le divorce, produit d'une civilisation corrompue, en fut, en effet, le plus puissant dissolvant.

Si, pendant les premiers siècles de Rome, alors que la famille était puissante et forte et les mœurs

austères, on n'avait point vu un seul divorce⁽¹⁾, il n'en était plus de même à la fin de la République, où, au milieu de la corruption générale, le divorce était devenu, au contraire, si fréquent, qu'il en avait avili l'institution même du mariage.

Outre qu'un tel état de choses, en donnant à la femme à la fois le désir et le moyen de parvenir à son émancipation, la faisait peu à peu se soustraire aux puissances diverses, sous lesquelles le droit civil l'avait placée, *patria potestas*, tutelle, *manus*, il résulta de la multiplicité des divorces et de la probabilité de dissolution rapide qui désormais accompagnait tout mariage, la nécessité de protéger les intérêts pécuniaires de la femme, qui, avec la *manus*, se trouvaient complètement sacrifiés. Une institution nouvelle, la dot, fut le résultat de cette transformation sociale; c'est elle qui porta à la *manus* le plus rude coup, et tandis que cette dernière, ne répondant plus à aucun besoin, disparaissait, elle se développa au contraire prodigieusement.

Déjà, depuis un temps assez reculé, les Romains s'étaient préoccupés de cet effet excessif de la *manus* qui faisait acquérir au mari la propriété irrévocable des biens de la femme; et avaient songé à l'atténuer. C'était ainsi que peu à peu la coutume s'était établie de joindre à la *conventio in manum* des stipulations ayant pour but de permettre d'obtenir, en cas de divorce ou de prédécès de la femme, la restitution de ses biens.

(1) Aulu-Gelle rapporte que ce fut seulement cinq siècles après sa fondation que Rome vit le premier divorce, celui de Spurius Carvilius Ruga (IV, 3, § 2. — XVIII, 21, § 44).

La faculté, ainsi laissée d'ajouter ces stipulations, avait trouvé sa source dans la faveur du mariage. On avait voulu ainsi faire disparaître la résistance des agnats de la femme à donner à son mariage un consentement qui les dépouillait de leurs droits. Ce moyen avait en outre l'avantage de réserver à la femme la facilité d'une union nouvelle, puisqu'elle lui permettait la reprise de ses biens.

Ces stipulations parurent même si avantageuses qu'on finit par les considérer comme sous-entendues toutes les fois qu'elles n'avaient point été exprimées.

Bien mieux, en revanche, on contraignit le père de famille et les agnats à constituer une dot à la femme (L. 72, § 3, Dig. xxvi, 7).

On comprend que le divorce ne pouvait que favoriser ces tendances. Comment permettre, en effet, au mari de dissoudre à volonté les liens du mariage pour s'enrichir ainsi des biens des femmes qu'il aurait ainsi répudiées. Et d'un autre côté, comment, en prévision du divorce, ne pas assurer à la femme le retour de ses biens, pour lui permettre un nouveau mariage.

La dot avait ainsi fait de tels progrès qu'elle était devenue l'accessoire essentiel des *justæ nuptiæ*, c'était la dot, en effet, qui les distinguait du concubinat.

On ne se contenta pas d'ailleurs d'assurer à la femme une dot en contraignant le père ou les tuteurs à la lui donner, on la garantit même contre la dissipation du mari, et plus encore contre les entraînements même de la femme. La dot inaliénable pour le mari était soustraite à toutes les fluctuations de la mauvaise fortune, et quoi qu'il arrive elle devait toujours se retrouver à la dissolution du mariage. Les créanciers même

de la femme n'avaient pas de prise sur la dot, celle-ci pouvait cependant l'aliéner, mais elle ne pouvait pas l'hypothéquer, on pensait avec raison que l'aliénation étant plus grave que l'hypothèque, puisqu'elle entraînait dépossession immédiate, la femme reculerait plus facilement avant de l'accomplir. Elle ne pouvait d'ailleurs consentir aucun acte de donation ou d'aliénation en faveur de son mari.

L'institution de la dot avait donc, pour ainsi dire, retourné la condition de la femme, et de soumise qu'elle était auparavant à l'autorité de son mari, l'avait rendue, les mœurs aidant, toute-puissante à l'égard de ce dernier : libre de divorcer et de reprendre en même temps ses biens, c'est elle désormais qui tenait son mari sous sa dépendance. Si, d'un autre côté, nous jetons les yeux sur la puissance paternelle anéantie par l'obligation où se trouve le père de famille de consentir au mariage de sa fille, et même de lui constituer une dot, et sur la tutelle dont la *coemptio fiduciæ causa* n'a fait que masquer la dernière résistance, nous voyons les progrès accomplis.

Non seulement la *manus* a disparu, mais la femme s'est affranchie de toute autorité. Son indépendance devint même si grande que de nombreuses lois furent successivement édictées pour essayer de mettre un frein aux abus qui s'ensuivirent. Ces lois d'ailleurs ne faisaient que restreindre la capacité civile de la femme, et ne portaient point sur sa personne; de ce côté son émancipation fut définitive.

En même temps que la *manus*, la famille, du moins telle que le droit civil l'avait créée, avait déjà, par suite des progrès incessants du droit prétorien et par l'effet

de lois successives, pour ainsi dire disparu. Désormais il n'y a plus en réalité de distinction entre les agnats et les cognats, ces derniers seuls forment la famille, l'agnation n'existe plus que de nom, c'est le lien du sang qui a pris sa place ⁽¹⁾. D'autre part, le mariage ne modifie pas la condition de la femme à l'égard de sa famille, vis-à-vis de laquelle elle conserve tous ses droits héréditaires. Ces droits, reconnus d'abord par le droit prétorien, sont confirmés par le droit civil lui-même, dans les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien qui, à ce point de vue, égalisent, à peu de chose près, la condition de l'homme et de la femme. Si nous ajoutons à cela que la femme pouvait même être la tutrice de ses enfants, il suffisait, en effet, d'une autorisation impériale, nous aurons montré qu'il n'y avait plus pour elle aucune sujétion, ni même aucune incapacité sérieuse, et qu'ainsi peu à peu toute différence entre l'homme et la femme avait disparu.

(1) Faisons remarquer qu'au point de vue législatif ce ne fut que plus tard que cette situation de fait fut définitivement confirmée par les importantes Nouvelles 118 et 127 qui supprimèrent l'agnation et firent disparaître tout privilège résultant du sexe.

DROIT FRANÇAIS.

DES

ACTIONS NON LIBÉRÉES

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES.

DROIT FRANÇAIS.

DES

ACTIONS NON LIBÉRÉES

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES.

INTRODUCTION.

Jamais, en aucun temps, la question, qui va faire l'objet de cette étude, n'a présenté un intérêt pratique aussi considérable que dans ces dernières années. La crise de 1882, que l'on est convenu d'appeler, d'un nom un peu barbare mais bien expressif, le krach, en renversant d'un irrésistible coup de vent, les mille sociétés nouvellement créées, au capital nominal si puissant, aux ressources réelles si légères, véritables colosses aux pieds d'argile, a jeté dans les fortunes particulières un tel trouble, qu'aujourd'hui encore, malgré le temps écoulé, les résultats n'en ont point totalement disparu.

Que de désastres, que de ruines accumulées ! et combien a-t-on dû maudire, non pas la loi ou les lois

sur les sociétés, mais les sociétés elles-mêmes, qui inévitablement sont devenues le bouc émissaire au milieu de toutes les colères soulevées.

Quoi qu'il en soit, le principe même des sociétés, en dehors des réglementations du législateur et des applications de la loi par la jurisprudence, est resté debout tout entier. C'est que, si les lois qui régissent actuellement la matière des sociétés, sont relativement récentes, le principe même est presque aussi ancien que le monde. Nous le retrouvons, en effet, aussi loin que nous remontions en arrière, ce principe si fécond de l'association; au début, lien de secours et de protection pour l'homme jeté presque isolé dans un monde en formation et sentant le besoin d'un appui dans sa lutte pour l'existence; plus tard, sous cette civilisation hâtive et précoce de Rome, instrument de puissance politique et de richesse commerciale; au moyen âge, dans ces temps obscurcis et voilés, après l'éclat de la période romaine, puissance qui lutte sourdement d'abord contre l'oppression et la misère, et qui, par un travail lent mais sûr, arrive enfin, après des efforts inouïs, à l'affranchissement du monde; et aujourd'hui enfin, après un siècle de transformation morale et surtout de progrès matériels, incroyables, force immense qui est à coup sûr, comme le crédit lui-même, dont elle est la plus importante manifestation, le plus puissant levier des temps modernes.

L'association est donc une force qu'il serait insensé de vouloir détruire, tout au plus peut-on la réglementer. Et encore faut-il bien se garder de la museler, sous prétexte de la modérer utilement!

De toutes les formes si multiples et si diverses que

revêt ce besoin d'association, si nous laissons de côté les sociétés politiques ou scientifiques pour ne nous en tenir qu'aux sociétés de gain ou de crédit, la société anonyme est à coup sûr celle qui représente l'instrument de crédit le plus commode, celle par suite que l'on rencontre le plus souvent.

Ce n'est point à dire, qu'il en ait été toujours ainsi, nous verrons, en effet, quand nous étudierons sommairement l'historique de la législation des sociétés, les vicissitudes par lesquelles la société anonyme a passé, les entraves dans lesquelles elle a été longtemps retenue et dont elle n'a été débarrassée, et en partie d'ailleurs, que par la loi de 1867.

C'est depuis cette époque, en effet, que la société anonyme, parvenue enfin à un régime de liberté nouveau pour elle, s'est considérablement développée et a contribué pour une large part au mouvement financier qui a marqué cette seconde partie du siècle. C'est ainsi d'ailleurs, il faut bien le reconnaître, qu'elle est devenue, par contre, trop souvent l'instrument des spéculations les plus effrénées et les plus malhonnêtes et qu'elle a ainsi préparé la crise de 1882, qui l'a du reste particulièrement atteinte.

Dans ce désastre où tant de sociétés anonymes ont péri, entraînant dans leurs chutes tant de fortunes particulières, compromettant tant d'intérêts privés, la jurisprudence a vu nécessairement s'accroître et s'enrichir son domaine — nos recueils sur cette matière se sont considérablement augmentés; la loi de 1867 dont bien des points étaient restés, quant à leur interprétation, dans la pénombre du doute, a été minutieusement scrutée. A-t-on, malgré les efforts déployés, tou-

jours réussi à l'éclairer, et les interprétations si nombreuses, qui ont été ainsi provoquées, sont-elles exemptes de toute critique? la justice et l'équité, en dehors d'une interprétation vraie ou fausse de la loi, y ont-elles toujours trouvé leur compte? C'est là un examen utile et intéressant; c'est le fruit qu'il en faut retirer pour la révision même de la loi. Ce que nous en voulons retenir, pour le moment, et qui nous a paru très remarquable, c'est que, si nous laissons de côté les poursuites criminelles, la plus grande partie, sinon la totalité, des nombreuses difficultés soulevées ont eu leur cause dans la non libération des actions. Et si l'on étudie de près ces difficultés, et si l'on examine les solutions qui leur ont été données par la jurisprudence, solutions, dont parfois les résultats sont si extraordinaires, on aperçoit bien vite le double intérêt de notre question : intérêt au point de vue législatif : intérêt au point de vue juridique.

C'est ce double point de vue que nous nous proposons d'étudier successivement en commençant par le dernier; ce n'est, en effet, que lorsque nous aurons recherché et résumé les décisions de la jurisprudence, et que nous serons parvenu, si nous le pouvons, à fixer la saine interprétation de la loi, en ce qui concerne spécialement les actions non libérées, que nous nous demanderons, si, au point de vue pratique, au point de vue du développement utile des sociétés de crédit, ses dispositions doivent être ou non modifiées, et si elles doivent l'être, dans quel sens il faut le faire.

Tout d'abord, et avant d'aborder la première partie du programme que nous nous sommes tracé, il est

nécessaire de faire, en traits rapides, l'exposé historique de notre matière. Ce ne sera pas seulement le moyen de paraître plus complet; ce travail d'introduction, si je puis dire, aura une utilité très certaine, car outre qu'il nous initiera peu à peu au véritable caractère de la société anonyme et de la part d'intérêt dans ces sortes de sociétés, que l'on appelle *action*, il nous fournira sur la législation actuelle de nombreux et sûrs renseignements, qui nous permettront de trancher certaines questions douteuses, sur lesquelles la controverse s'est amplement exercée. C'est ainsi du reste que presque toujours une loi s'éclaire de son rapprochement avec la loi qui l'a précédée, car, si elle ne marque pas toujours sur cette dernière, comme elle doit en avoir la prétention, un progrès, tout au moins elle indique dans ses lignes générales, dans quel sens elle a voulu modifier ou innover, tantôt devenant plus rigoureuse, tantôt plus large, obéissant en un mot à un mobile connu, et fournissant ainsi à l'interprète un point de repère qui lui permette de se guider à travers les incertitudes que laisse trop souvent une rédaction défectueuse.



PREMIÈRE PARTIE.

HISTORIQUE.

SECTION I.

Notions générales. — Droit ancien. —
Droit intermédiaire.

Nous avons dit que l'association, l'idée, la pratique de l'association remontait aux temps les plus reculés, et nous en avons indiqué les causes. Ce que nous voulons actuellement rechercher, c'est comment et à quelle époque l'association a revêtu le caractère et la forme que nous retrouvons encore aujourd'hui, comment l'action a pris naissance, comment enfin sont nées et se sont développées les différentes questions qui doivent nous préoccuper particulièrement et qui ont trait spécialement aux actions non libérées.

Tout d'abord, c'est un point, pour ainsi dire, incontesté qu'en dehors des sociétés en nom collectif, la forme de société dont les origines sont les plus anciennes, est la société en commandite.

Ses origines sont en effet très nettement déterminées dans le contrat de *commande* que certains auteurs prétendent même n'avoir pas été inconnu des Romains, et qui, dans tous les cas, a été d'un usage fréquent et général pendant toute la période du moyen âge.

A cette époque reculée, nous voyons en effet la commande se produire sous deux formes qui accaparent, à elles deux, tout l'effort du travail et de l'activité de l'homme — la forme agricole, et la forme commerciale.

On a contesté que le contrat de commande se soit manifesté sous cette première forme, ou du moins, car cette formule serait inexacte, que ce contrat particulier ait contenu en germe, rien qui ressemblât à notre société en commandite, et qu'il soit possible de l'y rattacher. Mais qu'était-ce donc que le cheptel ou commande de bestiaux, que nous retrouvons encore aujourd'hui dans notre Code civil et qui était déjà d'une pratique constante? Qu'était-ce donc, si ce n'est la commandite, presque comme nous la connaissons, c'est-à-dire l'association du capital et du travail, l'une des parties fournissant tout le capital, l'autre tout le travail, pour arriver au partage des produits ainsi obtenus?

Donc le contrat de cheptel a avec la société en commandite des affinités indéniables. A la vérité, il offre si peu d'importance et, quelle que soit son ancienneté, il a acquis de si maigres développements, qu'il faut sans doute voir là le véritable motif qui l'a fait à tort rejeter par certains esprits, comme source de la commandite, dont les destinées ont été si différentes.

A côté, et en même temps, naissait en effet un autre contrat de commande, commercial celui-là, qui peut paraître en fait sinon en droit, car les principes étaient les mêmes, le véritable précurseur de la commandite.

Tout aussi modeste d'ailleurs, à son origine, que celui dont nous venons de parler, ce contrat, que l'on désignait sous le nom de *contrat de pacotille*, fit rapi-

dement son chemin. Le commerce se développant, il fut de plus en plus employé et parvint ainsi, après des progrès successifs, à une complète transformation. Au début, en effet, et ceci est remarquable, la commande était fournie en nature; c'était, par exemple, des marchandises diverses confiées, pour en opérer la vente, à des capitaines de navires allant à l'étranger, ou bien à des marchands qui parcouraient les foires si renommées du moyen âge. Plus tard, et cette transformation s'opéra graduellement, la commande ne fut plus fournie en nature mais en argent, et c'est ainsi que ce contrat devint peu à peu la commandite elle-même.

Ainsi comprise et ainsi organisée, la commandite se développa étrangement et devint l'instrument le plus actif du commerce.

Mais à quelle époque l'action apparaît-elle? N'est-elle pas le produit d'une conception presque moderne? Voyons-nous déjà au moyen âge ces sociétés, fondées dans un but commercial, diviser leur capital en actions? C'est là une question à coup sûr fort intéressante mais à laquelle il est peut-être difficile de répondre avec quelque précision. Les auteurs, en effet, et il en est un certain nombre qui se sont livrés à de minutieuses recherches pour retrouver cette origine, ont émis à ce sujet des opinions bien diverses.

La vérité, c'est qu'il faut avant tout distinguer avec soin l'idée même de l'action d'avec la dernière forme, sous laquelle elle nous apparaît aujourd'hui. L'idée paraît être fort ancienne, la forme actuelle l'est évidemment beaucoup moins.

Un certain nombre d'auteurs ne remontent pas au delà du ^{xviii}^e siècle pour fixer les origines de l'action;

pour eux c'est avec Law qu'elle est apparue pour la première fois, et du coup le banquier célèbre de la rue Quincampoix se voit attribuer le mérite d'une invention qui non seulement avait des antériorités, mais encore n'avait même pas reçu de lui les perfectionnements nécessaires au vaste plan qu'elle devait réaliser.

D'autres, remontant plus haut, rattachent la division du capital en actions à la création de la compagnie des Indes orientales.

Il faut encore aller plus loin et remonter jusqu'au ^{xii}^e siècle. A cette époque, pourtant si reculée, on trouve déjà des sociétés fondées pour l'exploitation d'une chose commune, avec une division du fonds social en autant de parts qu'il y a d'associés, lesquelles parts sont elles-mêmes divisibles et cessibles, en tout ou en partie, de telle sorte que chaque associé peut se retirer ou diminuer son intérêt dans la société en mettant un nouvel associé à sa place. Et s'il en est ainsi, peut-on dire que ces parts, bien qu'elles se présentent à nous sous des noms différents suivant le temps ou les provinces, n'ont pas de rapports assez intimes avec l'action dans les sociétés actuelles, pour qu'on puisse les y rattacher par un lien quelconque? Mais est-ce que les caractères essentiels de l'action ne s'y retrouvent pas tous? indivisibilité de la société, division au contraire du fonds social, droit de sortir ou de rentrer dans la société à son gré par l'achat ou la vente d'une part du fonds social.

Voilà bien, quelles que soient les modifications apportées, les éléments que l'on pourrait appeler principaux et substantiels, qui, aujourd'hui comme alors, forment la base de l'action.

Un exemple souvent cité est celui du moulin du Basacle. Ce moulin situé à Toulouse est fort ancien, il remonte, paraît-il, au ^{xii}^e siècle. La propriété, s'il faut en croire les auteurs de ce temps-là, en avait été cédée par le prieur de la Daurade à une société qui s'était chargée de son exploitation. Les associés étaient appelés *Parerii*, dit Ducange. Quant au capital, il avait été divisé en autant de parts qu'il y avait d'associés. On donnait à ces parts le nom d'*uchaux*.

L'*uchau* était en tout semblable à l'action. Comme l'action, il représentait une part d'intérêt dans l'exploitation du fonds social, en même temps qu'une portion de propriété de ce même fonds social. En outre, il était cessible au gré de son détenteur.

Troplong, dans la savante préface de son livre sur les sociétés ⁽¹⁾, nous rapporte que la société, au commencement du ^{xiv}^e siècle, éprouvant des difficultés nombreuses et déjà anciennes, les associés cherchèrent, pour arriver à les résoudre, à obtenir la protection du roi contre le prieur de la Daurade qui les leur avait suscitées. Ils eurent alors la bonne idée d'offrir en don à Charles V un *uchau*, que celui-ci accepta. « Aussi, ajoute l'éminent jurisconsulte, dans les lettres patentes données à Paris le 24 août 1365, Charles V se dit-il participant et parier du moulin de Basacle. « *Ad supplicationem Bajulorum et partionariorum molendinorum Badacli Tolosæ, quorum nos particeps et partionarius sumus.* »

Moissac a, paraît-il, également un moulin que l'on

(1) Troplong, *Sociétés civiles et commerciales*, préface, tom. I, pag. LXXIV.

dit plus ancien encore et qui, dans tous les cas, était organisé de même manière.

Mais laissons ces exemples modestes, qu'il était cependant utile de citer pour bien montrer que l'action n'était pas inconnue à cette époque et arrivons au xvi^e siècle, c'est-à-dire à cette époque où l'expansion coloniale, sous l'influence des grandes découvertes des navigateurs, prit un si grand développement.

Là nous trouvons plus d'un document important en ce qui concerne la matière générale des sociétés.

Jusque-là les sociétés ont vécu sans organisation précise, sans règles fixes et sous des dénominations arbitraires. Le principe si essentiel de la publicité n'est pas encore connu.

Il va l'être bientôt sous l'empire de la défiance inspirée par les nombreuses sociétés formées en France par des étrangers. Chacun sait, en effet, que le grand mouvement d'associations commerciales au moyen âge eut son berceau en Italie et se répandit de là dans le monde entier, importé, pour ainsi dire, dans chaque pays par les célèbres marchands florentins.

En France, ces sociétés subirent, sous le caprice du pouvoir, ou le courant de l'opinion, des fortunes très diverses. Repoussées sous Philippe le Bel, accueillies avec faveur sous Louis le Hutin ⁽¹⁾, tour à tour protégées par le pouvoir ou dépouillées par lui, elles finirent par avoir, mais aux xvi^e et xvii^e siècles seulement, une existence moins précaire.

(1) Une ordonnance rendue par Louis le Hutin, le 9 juillet 1315, porte, en effet : « Lesdits marchands italiens, pour change, commande, et quelques autres contrats qu'ils fassent ensemble l'un avec l'autre, ne seront pas par nous ou par nos gens repris ou reprochés des cas d'usure. »

Ce fut en 1579, en effet, qu'intervint une réglementation qui, si elle est toujours basée sur la défiance et même la défaveur vis-à-vis de ces sociétés, qui avaient cependant largement contribué au développement de la richesse commerciale de la France, s'éloigne cependant des mesures arbitraires et violentes, qui avaient été jusque-là pratiquées. L'ordonnance de Blois exigea, en effet, que « toutes les sociétés entre
« étrangers déjà faites ou qui le seraient à l'avenir
« dans le royaume, fussent inscrites et enregistrées
« aux registres des bailliages et sénéchaussées; et hô-
« tels communs des villes, où ils seraient tenus de
« nommer tous leurs participants et associés sous peine
« de faux. »

Cette ordonnance que l'on peut considérer comme le berceau de la publicité en matière de sociétés commerciales, renfermait un principe salutaire. C'était l'obligation de faire connaître à l'avance le nom de tous les associés qui figuraient pour un intérêt quelconque dans la société, de telle sorte que si cette dernière faisait de mauvaises affaires, les créanciers ne voyaient plus s'évanouir devant eux ce qui faisait la seconde partie et non la moins importante de la raison sociale, c'est-à-dire et C^{ie} (car cette formule était déjà usitée au xvi^e siècle) ⁽¹⁾; ils pouvaient, en effet, s'adresser à chacun des associés; ces derniers n'étant plus ignorés, ne pouvaient, comme auparavant, rentrer dans la coulisse et y opérer une prudente retraite, ou même, comme cela se passait assez fréquemment, paraît-il,

(1) Toutefois, ce point est contesté par Merlin et Pothier en ce qui concerne la société en commandite. Pothier, *Sociétés*, n. 397; Merlin, *Contrat de société*, n. 60.

se présenter au partage de l'actif en qualité de créanciers, en ayant soin de dissimuler habilement celle d'associés.

Ce principe fut même, dès cette époque, considéré comme si salulaire, qu'appliqué tout d'abord par un sentiment de défiance, ainsi que nous l'avons dit, vis-à-vis des étrangers, l'extension en fut demandée par le commerce à tous les habitants sans distinction et en 1629 une ordonnance fut rendue qui, conformément aux vœux exprimés, étendait aux régnicoles l'application de l'ordonnance de Blois. L'article 414 porte en effet : « Voulons que l'article 358 de l'ordonnance de Blois touchant la publication des associations entre marchands, et désistement d'i-celles, ait lieu entre nos sujets ainsi qu'il est ordonné pour les étrangers. »

Mais il advint de ces ordonnances, ce qui était fréquent à cette époque, qu'elles ne furent point exécutées, et que les abus, qu'on avait voulu prévenir, allèrent en se multipliant. Aussi leurs dispositions furent-elles reprises, et rendues à la fois plus précises et plus sévères par la célèbre ordonnance de 1673, dont le titre 4 est consacré à la matière des sociétés.

Ces documents sont, on le voit, fort intéressants, ils ont même une réelle importance, surtout l'ordonnance de 1673 qui a largement servi à la confection du Code de commerce en ce qui concerne la matière des sociétés. Toutefois, ils n'offrent peut-être pas, si nous nous plaçons au point de vue restreint et spécial de notre étude, un intérêt aussi précis, aussi particulier que la déclaration de 1664, rendue par Louis XIV.

et qui avait pour but la création de la compagnie des Indes orientales.

Nous allons voir, en effet, que dès ce moment la question des actions non libérées, et des obligations imposées aux souscripteurs de ces actions, va se poser. Nous verrons aussi que la déclaration du roi, tout comme la loi de 1867, ne la résout que d'une façon problématique, car des discussions tenaces se sont élevées sur la portée de ses dispositions et sur l'étendue des engagements des actionnaires.

Voici comment est conçu l'article 1^{er} de la déclaration royale :

La compagnie des Indes orientales sera formée de tous nos sujets de quelque qualité et condition qu'ils soient, qui y voudront entrer, pour telles sommes qu'ils estimeront à propos sans que pour ce, ils dérogent à leur noblesse et privilège; et ne pourra chaque part être moindre de mille livres ni les augmentations de cinq cents livres pour la facilité des calculs, répartitions et ventes d'actions; desquelles parts le tiers sera fourni comptant pour le premier armement, et les deux autres tiers en deux années consécutives également et par moitié dans les mois de décembre 1665 et 1666 sous la peine à ceux qui ne fourniront pas lesdits deux tiers dans ledit temps, de perdre ce qu'ils auront avancé pour le premier et deuxième paiement qui demeurera au profit et dans la masse du fonds de ladite compagnie sans qu'aucun intéressé se puisse retirer sinon en vendant son action, soit à quelqu'autre intéressé ou autre personne qui gardera toujours la même part, en sorte que le fonds ne soit pas diminué (1).

Que veut donc dire ce texte, et quelle est au juste l'étendue de l'obligation du souscripteur? Bien évi-

(1) Bornier, *Ordonnance sur le commerce*, p. 78.

demment il n'est point engagé au delà du montant total des versements à effectuer sur chaque part souscrite par lui? Mais est-il même engagé dans cette mesure et d'une façon définitive, c'est-à-dire sans pouvoir modifier l'étendue de son engagement?

Certains auteurs l'ont prétendu; ils ont vu, en effet, dans l'expression « *sous peine* » non point seulement une déchéance, mais une véritable clause pénale, comme on en introduisait si fréquemment dans les contrats du droit romain; de telle sorte qu'on peut se demander si, dans ce système, l'actionnaire qui n'a pas répondu à l'appel de fonds dans le délai fixé, n'est pas tenu, en outre des versements qu'il n'a point encore faits, de verser à nouveau le montant des sommes déjà payées par lui, car comment comprendre pratiquement ce que serait la situation de l'actionnaire qui, tenu des versements à faire, serait pourtant déchu du bénéfice des versements déjà faits? Dans quelle condition se trouverait son action après les derniers versements effectués? Serait-ce une action libérée, conférant au souscripteur les droits afférents à chaque part du capital social? Mais alors que devient l'effet de la clause citée plus haut? N'aura-t-il, au contraire, que des droits égaux au quart, au tiers ou à la moitié de la part dont il est porteur, suivant l'importance des versements dont il aura été déchu?

Ces résultats sont pratiquement peu raisonnables, et ils ne paraissent point être ceux qui avaient été prévus par l'auteur de l'Édit, qui semble avoir eu bien plutôt pour but, étant donné qu'on recherchait avant tout à attirer les souscripteurs, de ne pas les effrayer par un engagement à la fois trop long et trop

onéreux, en laissant une porte ouverte par laquelle ils pourraient se retirer de la société, en sacrifiant, il est vrai, la mise déjà versée, mais en se dégageant du moins de l'obligation d'y engloutir encore des ressources nouvelles.

Toutefois, il faut se garder d'aller trop loin et de croire, comme certains⁽¹⁾, qu'à tout instant et alors qu'il reste sur les parts souscrites des versements à faire, le souscripteur pourra, quoique ce soit, se retirer purement et simplement de la société en abandonnant les sommes déjà versées par lui.

Le texte nous dit, en effet : « Sans qu'aucun in-
« téressé se puisse retirer sinon en vendant son ac-
« tion, soit à quelqu'autre intéressé ou autre per-
« sonne qui gardera toujours la même part, en sorte
« que le fonds ne soit pas diminué. » Ainsi, même en consentant à perdre les sommes versées, le souscripteur ne peut se retirer de la société, car « il ne faut pas que le fonds social soit diminué. » Il ne pourra se retirer que s'il met quelqu'un à sa place, c'est-à-dire, s'il vend son action, et son cessionnaire sera tenu des mêmes obligations. La portée de la clause qui fait l'objet de la controverse est donc beaucoup moins grande que celle qu'on a essayé de lui donner. Elle signifie simplement que le souscripteur pourra céder son droit dans la société et que, moyennant cette cession, il ne sera plus tenu de ses enga-

(1) Gustave Brun, *Thèse de doctorat*, pag. 15 : Les mots « sous peine à ceux, etc., » ne nous paraissent donc pas renfermer l'idée d'une clause pénale encourue pour le retard seul, mais bien plutôt celle d'une sorte de dédit, moyennant l'abandon duquel l'actionnaire ne sera plus tenu de payer ce qui reste dû.

gements, qu'en un mot, il ne restera pas garant de son cessionnaire vis-à-vis de la société.

Plus tard nous voyons, il est vrai, insérer dans d'autres statuts une clause plus étendue que celle que nous venons d'analyser et ayant alors toute la portée qu'on a voulu attribuer à celle-ci.

C'est ainsi que nous lisons dans l'édit du roi portant « création et règlement d'une compagnie générale pour les assurances et grosses aventures de France en la ville de Paris. »

« ART. 5. — Si quelques-uns des associés manquent
« de payer aux termes qui sont réglés par la société,
« la part pour laquelle chacun d'eux devra contribuer
« à proportion de son intérêt au fonds de 300,000
« livres, ce qu'ils auront avancé leur tombera en pure
« perte et demeurera au profit des autres associés sans
« qu'ils puissent être déchargés des pertes qui pour-
« ront arriver sur les engagements que la compagnie
« aura contractés jusques et y compris le jour qu'ils
« auront été en défaut de payer. »

Depuis, dans notre droit moderne, on s'est demandé si cette clause, qui était devenue fort en usage, était valable? On a objecté, en effet, qu'elle était en contradiction avec les termes de l'article 26 du Code de commerce qui rend l'associé commanditaire passible des pertes jusqu'à concurrence de sa mise. Nous verrons par la suite ce qu'il y a lieu de penser au sujet de cette controverse et quelle solution il faut lui donner.

Pour le moment, il nous suffit de constater que l'on avait déjà ressenti comme une nécessité impérieuse le besoin de ne pas laisser le souscripteur d'actions indéfiniment enchaîné dans l'obligation de faire face aux

versements complémentaires qui restent à appeler sur les actions, et qu'on avait cherché le moyen de le préserver contre les dangers de ces appels de fonds qui, faits brusquement et inopinément, sont trop souvent la ruine des souscripteurs, en même temps qu'ils ne sont ni le salut pour la société si ses affaires sont mauvaises, ni pour les créanciers la sauvegarde de leurs droits.

Les sociétés allaient donc, nous venons de le voir, se multipliant sous l'influence du progrès incessant de l'industrie et du commerce, le crédit, grâce aux perfectionnements apportés par le temps et l'expérience, devenait, de jour en jour, un instrument plus maniable et plus employé, lorsqu'une tentative plus hardie, lorsqu'une entreprise plus vaste que toutes les autres vint jeter en France, après le délire et l'ivresse des premiers succès, le plus complet désarroi, menaçant ainsi de détruire d'un seul coup tous les progrès accomplis en discréditant à jamais les théories économiques qui depuis plusieurs siècles faisaient lentement, mais sûrement, leur chemin.

Law, après des tentatives infructueuses auprès des divers souverains et auprès du régent de France, avait enfin réussi à s'emparer de l'esprit de ce dernier et venait de fonder au centre du vieux Paris, dans la petite rue Quincampoix, la Banque royale. Law, qui avait déjà absorbé et fondu dans la nouvelle Banque la compagnie des Indes, émit pour quinze cents millions d'actions nouvelles, promettant avec une audace, que les prospectus de notre temps n'ont point dépassée, un intérêt de 12 0/0 ⁽¹⁾.

(1) Guizot, *Histoire de France*, tom. V, pag. 15.

Le succès fut prodigieux, mais l'ère de prospérité fut aussi courte qu'elle avait été rapide, et la chute fut effroyable.

Quoi qu'il en soit, et en dépit des récriminations si âpres et si sévères, en même temps si vigoureuses et si éloquentes du chancelier d'Aguessau contre la spéculation effrénée, dont chacun avait pu être le témoin et un grand nombre la victime, et dont il accusait à tort, et d'ailleurs sans distinction, toutes les sociétés, le principe de l'association et du crédit ne fut point sérieusement atteint, et si pendant longtemps il resta comme étouffé sous le poids des réglementations inspirées par la panique qu'avait causée cette immense banqueroute, il ne s'en releva pas moins agrandi et fortifié, car si l'expérience, qui venait d'en être faite, n'avait point réussi, étant données les conditions défectueuses dans lesquelles elle avait été entreprise, elle n'en avait pas moins servi à sa vulgarisation.

Troplong, dans sa préface que nous avons déjà citée, après avoir analysé en quelques lignes le long mémoire du chancelier, ajoute ⁽¹⁾ :

« Envisagée au point de vue relatif au système de
« Law, cette dissertation est d'un jurisconsulte intègre
« et éclairé; mais si l'on étendait les principes qu'elle
« contient au commerce des actions en général, on
« étoufferait le crédit sous les subtilités du casuiste
« timoré.

« Aussi, les actions sont-elles restées dans l'orga-
« nisation des sociétés comme une combinaison utile
« et honnête. Les abus qui en ont été faits, dans un

(1) Troplong, *Sociétés*, t. I^{er}, p. xc.

« moment de vertige, n'ont pas été retorqués contre
« elle par les économistes intelligents, par les négo-
« cians expérimentés; car, au fond, le principe en
« est ingénieux et fécond. Avant la Révolution, elles
« étaient dans les entreprises les plus sages, les
« mieux assises, les mieux famées. Il y en avait dans
« les mines, dans les canaux, dans les manufactures
« d'armes, dans les fabriques de glaces, dans les
« armements de navires, dans les exploitations de
« voitures publiques, dans les sous-fermes, etc., etc. »

Il y avait cependant encore, pour les sociétés, des jours difficiles à traverser. La Révolution vint, en effet, et d'un coup de main fut abattu l'édifice si longuement et si patiemment construit. Sous le régime précédent, où tout dépendait de près ou de loin de l'autorité royale, le privilège avait tout naturellement joué son rôle dans la constitution des sociétés; c'était plus qu'il ne fallait pour attirer sur elles la haine et les colères de la Convention.

Un décret du 24 août 1793 supprima, en effet, les associations connues sous le nom de Caisse d'escompte, de Compagnies d'assurances à vie, et généralement toutes celles dont le fonds capital reposait sur des actions au porteur ou sur des effets négociables, ou sur des inscriptions sur un livre transmissibles à volonté, et défendit d'en établir de pareilles à l'avenir sans une autorisation des corps législatifs.

Puis, pour compléter ce décret, un nouveau décret du 17 vendémiaire an II supprima toutes les compagnies financières et défendit à tous les banquiers, négociants et autres personnes quelconques, de former aucun établissement de ce genre sous quelque prétexte

et quelque dénomination que ce fût. Toutefois, sur les réclamations qui s'élevèrent, la convention déclara que la suppression ne s'appliquerait pas aux sociétés particulières. Il est vrai que, par une nouvelle variation qui ne surprend plus dans l'histoire de cette étonnante assemblée, elle rendit, les 26 et 29 germinal an II, un nouveau décret qui, remplaçant le décret du 17 vendémiaire de la même année, supprimait, au contraire, toutes les sociétés financières.

Cette dernière loi n'eut elle-même qu'une durée de deux années et fut purement et simplement abrogée par une loi du 30 brumaire an IV ⁽¹⁾.

C'est après ces vicissitudes que, la paix civile reconquise et le calme rétabli, on songea enfin non plus à proscrire les sociétés, mais à les organiser sur une base solide.

SECTION II.

§ 1. *Code de commerce et lois postérieures.*

Si, pour le cadre que nous avons adopté et dans lequel notre étude doit se restreindre, les sociétés commerciales paraissent devoir nous intéresser principalement parce qu'elles sont les plus nombreuses, nous ne devons point oublier, cependant, qu'elles ne sont que l'une des branches de l'association, et qu'avant la confection même du Code de commerce, le Code civil avait consacré à cette matière un titre important.

(1) Dalloz, *Rép.*, *Sociétés*, ch. I^{er}, n^o 44.

Le contrat de société, en effet, est avant tout un contrat civil, c'est là son principe fondamental; il s'en écarte lorsqu'il a des matières commerciales pour objet, mais c'est alors une exception, car bien qu'en pratique cette exception soit de beaucoup la plus usitée, théoriquement il ne saurait être douteux que ce ne soit pourtant qu'une exception, et que le contrat de société appartienne bien essentiellement au droit civil. Et cela est si vrai, que c'est précisément le titre IX du livre III de notre Code civil qui contient le droit commun de la matière; c'est à ce titre, en effet, qu'il faut aller puiser les règles de droit pour les sociétés commerciales elles-mêmes, lorsqu'il faut compléter celles du Code de commerce, que l'on pourrait trouver d'ailleurs un peu courtes si elles devaient contenir le droit tout entier applicable à cette matière.

Les rédacteurs du Code de commerce ont, du reste, pris le soin de nous le dire dans le premier article du titre des sociétés qui porte le n° 18 du Code. « Le contrat de société, y est-il dit, se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties. »

Auparavant, l'article 1873 du Code civil disait déjà : « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce. »

Nous devons ajouter, en outre, qu'au point de vue de la forme, il n'y a aucune différence à faire entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce, et que la forme anonyme peut être également employée par ces différentes sociétés.

Ceci dit, revenons au Code de commerce, et voyons

comment les sociétés furent organisées par le législateur de 1807.

L'exposé des motifs rédigé par M. le conseiller d'État Régnaud de Saint-Jean d'Angély, résume très heureusement les prescriptions du titre III du nouveau Code applicable aux sociétés. Voici comment est conçue cette partie de l'exposé des motifs :

1^o L'ordonnance (l'ord. de 1673) semblait n'en reconnaître que deux : la société générale et la société en commandite; encore les règles de cette dernière étaient-elles mal établies. Les rédacteurs en avaient ajouté deux autres : la société par action et la Société en participation, et ainsi en reconnaissaient de quatre sortes. Nous les avons réduites aux trois premières, comme le Code Napoléon, parce que la société en participation n'est qu'un acte passager, qu'une convention qui s'applique à un objet unique, et qui, ne reposant pas sur les mêmes bases, ne peut avoir les mêmes résultats que les trois autres genres d'associations. Nous nous sommes attachés à caractériser exactement les divers contrats de société.

2^o La définition de la société générale ou en nom collectif a offert peu de difficulté; elle est généralement connue et adoptée. Mais s'il importait de favoriser la société en commandite qui permet à tout propriétaire de capitaux de s'associer aux chances commerciales, qui donne un aliment à la circulation, qui ajoute à son activité, qui multiplie les liens sociaux par une communauté d'intérêts entre le propriétaire foncier et le fabricant, entre le capitaliste et l'armateur, entre les premiers personnages de l'État et le commerçant le plus modeste, il importait d'empêcher les spéculations frauduleuses faites avec audace sous un nom inconnu, à l'aide duquel on faisait les plus hasardeuses opérations de commerce, de banque ou d'agiotage, et qu'on livrait, en cas de mauvais succès, au déshonneur obscur d'une banqueroute calculée d'avance. L'interdiction de toute gestion aux commanditaires, sous peine de solidarité absolue, la publicité et l'affiche du contrat de société, pour

qu'on connaisse la somme donnée ou promise par le commanditaire et conséquemment la mesure des ressources et du crédit du commandité, sont les principales règles établies par la loi.

3° Les sociétés anonymes ou par actions ont dû aussi fixer l'attention des rédacteurs du Code. Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers; d'associer la médiocrité même et presque la pauvreté, aux avantages des grandes spéculations; d'ajouter au crédit public et à la masse circulant dans le commerce. Mais trop souvent des associations mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu : 1° que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public et que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences. Avec ces précautions, avec celles de la publicité commune aux trois espèces de sociétés, les administrateurs de la société anonyme ou par actions géreront avec sécurité pour eux et pour les actionnaires; ils ne seront plus exposés à ces recours en garantie, à ces poursuites solidaires qui ont troublé le repos, détruit l'aisance et ruiné le crédit des hommes les plus estimables.

4° Si dans les sociétés ainsi organisées, soumises à des règles précises qui offrent tous les moyens pour arriver au bien, toutes les garanties pour préserver du mal, il survient des contestations, la loi en enlève la connaissance aux tribunaux; elle ordonne le jugement par arbitre, et indépendamment des dispositions sur les arbitrages portées au Code de procédure civile, elle fixe un mode particulier qui assure la prompte expédition des affaires, et tarit entre les individus ou la famille la source de toute discorde.

Le Code de commerce reconnaissait donc et réglementait trois sortes de sociétés : la société en nom col-

lectif, la société en commandite et la société anonyme.

En fait, ces trois sortes de société existaient déjà. Nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises en ce qui concerne la société en nom collectif et la société en commandite. Quant à la société anonyme, elle existait également, c'est même à cette sorte de société qu'appartiennent les exemples que nous avons cités, mais elle n'était pas connue sous ce nom, que l'on appliquait exclusivement à la société en participation, sans doute à cause du défaut de raison sociale, et du caractère occulte de ces sociétés qui n'étaient soumises à aucune publicité et dont on ignorait, non seulement les noms de ceux qui la composaient, mais même parfois l'existence.

Les sociétés anonymes étaient au contraire appelées « Compagnies par actions. » — C'est ainsi d'ailleurs que dans la discussion du projet, l'orateur du gouvernement les désignait.

Certains auteurs ont vivement critiqué ce bouleversement apporté par les rédacteurs du Code dans la terminologie que la langue courante et la pratique avaient adoptée. Il en est résulté en effet, au début, une certaine confusion à laquelle la doctrine pas plus que la jurisprudence n'a pas complètement échappé. Ce résultat pourrait suffire, cela semble du moins au premier abord, pour justifier ces critiques. Toutefois si les appellations données par le Code sont exactes et se rapportent bien aux types de sociétés qu'il organisait ou qu'il réglementait, il faut bien reconnaître que la critique soulevée n'a plus qu'une valeur relative, car l'inconvénient qu'elle vise est, par sa nature, essentiellement transitoire et appelé à disparaître rapide-

ment. C'est donc avec raison, et on peut le dire d'autant plus volontiers qu'à l'heure actuelle et depuis longtemps une pareille confusion n'est plus possible, que les rédacteurs du Code ont pensé que cet inconvénient, qu'ils avaient certainement prévu, était insuffisant pour faire rejeter des dénominations qui leur paraissaient correspondre d'une façon plus parfaite avec les sociétés qu'elles devaient servir à désigner.

En dehors des règles propres à chacune de ces sociétés, le Code de commerce établissait le mode de publicité auquel elles devaient avoir recours lors de leur constitution.

Quant à la société anonyme, non seulement le mode de publicité, qui lui était imposé, était différent, mais même elle ne pouvait se constituer librement, l'autorisation gouvernementale lui était nécessaire. La vive opposition de Treilhard n'était pas venue à bout de la résistance du Conseil d'État dans le maintien de cette disposition. Le temps et l'expérience devaient seuls, plus puissants que le savant jurisconsulte, faire tomber les liens que la loi imposait à la société anonyme, faisant ainsi justice de cette opinion un peu étrange que les sociétés anonymes, quoique sociétés privées, intéressent l'ordre public et ne sauraient par suite se passer de la tutelle de l'État ⁽¹⁾.

(1) Cette opinion n'a pas d'ailleurs entièrement disparu, outre qu'elle a inspiré visiblement les lois de 1856 et de 1867, c'est bien à elle que l'on peut rattacher cette jurisprudence, inaugurée dans l'affaire de l'Union générale, qui n'a été je crois soutenue d'ailleurs par aucun auteur, et qui consiste à appliquer aux membres des syndicats formés dans le but de spéculer sur les actions de sociétés privées, l'art. 419 Code pénal, lequel, en prohibant les manœuvres tendant à provoquer la hausse ou la baisse des marchandises ou denrées ou des effets publics, avait évidemment en vue l'ordre

En outre, l'article 38 du nouveau Code autorisait les sociétés en commandite à diviser leur capital en actions.

On s'est beaucoup demandé si c'était là une innovation, et si dans l'ancien droit, cette division du capital en actions, qui existait, comme nous l'avons vu, dans certaines sociétés devenues aujourd'hui les sociétés anonymes, n'avait pas été pratiquée même dans les sociétés en commandite.

L'opinion qui voit dans cette disposition du Code une véritable innovation, c'est-à-dire l'affirmative, est la plus généralement admise.

Troplong⁽¹⁾, qui professait l'opinion contraire, s'appuyait, non sans une grande apparence de raison, sur un passage du discours de M. Louis dans la discussion du projet au Conseil d'État, dans lequel il était dit : « Quant aux sociétés en commandite, elles se forment ordinairement par actions. »

Les partisans de l'affirmative ont répondu au savant jurisconsulte qu'il n'y avait là qu'une affirmation de M. Louis, et que c'était insuffisant à leur gré pour établir l'opinion qu'il soutenait; que d'ailleurs lorsqu'on reconstituait la phrase de M. Louis, dont la citation reproduite plus haut n'est qu'un fragment, la portée de

public, lequel pouvait, en effet, être troublé, et nous nous plaçons à l'époque où le Code était rédigé, soit par la famine résultant de l'accaparement des denrées alimentaires, soit par une baisse excessive des fonds publics.

Au surplus, cette jurisprudence vient de recevoir de la cour de Paris, qui l'avait maintes fois sanctionnée, un formel démenti (Arrêt du 18 mars 1887).

(1) Troplong, *Sociétés*, tom. I^{er}, n. 150 et 400. — *Contrà*, Molinier, *Traité de droit commercial*, pag. 427; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, tom. I^{er}, n. 399.

ce fragment en était considérablement diminuée. Mais outre que cette dernière appréciation n'est peut-être pas très exacte, il faut bien dire que les adversaires de Troplong, qui lui reprochent de s'appuyer sur une simple affirmation, tombent dans le même défaut, et n'apportent eux-mêmes dans la controverse que l'affirmation contraire.

De telle sorte que, sans prendre parti, on peut dire en faveur de la négative, que l'affirmation de M. Louis peut tirer une autorité plus grande que celle de ses adversaires, de ce fait qu'il constatait, et cela sans soulever de contradiction, ce qui est à retenir, une situation qui était contemporaine de son affirmation.

Enfin le Code de commerce, dans une inspiration qui relève plus du sentiment que d'un système juridique bien défendable et dont le développement nous paraîtrait au contraire très périlleux, décida que « toute contestation entre associés et pour raison de la société, serait jugée par des arbitres, » ce que l'on a appelé en deux mots « l'arbitrage forcé. » Le *jus fraternitatis* des sociétés du droit romain, et les caractères particuliers de l'action *pro socio* qui en découlaient, n'ont sans doute point été étrangers à cette disposition de notre loi, mais, en admettant que ce point de vue ait pu être exact au temps si loin de nous où florissait le droit romain, ce qui est au moins douteux, il ne l'était plus à coup sûr au moment de la confection du Code. Les temps et les hommes étaient fort changés, et certes si le mot de fraternité était de plus en plus en honneur, il était en réalité de moins en moins mis en pratique; et d'ailleurs cette disposition allait en vérité beaucoup plus loin que le droit romain lui-même, qui ne faisait que

modifier le caractère de l'action en en adoucissant la rigueur, tandis que le nouveau Code enlevait au juge l'appréciation même des différends qui pouvaient surgir entre associés pour la confier à des arbitres, ce qui en réalité ne pouvait avoir pour résultat, sans d'ailleurs aucun profit appréciable, que de faire perdre aux justiciables les garanties qu'offre le juge et qui font défaut chez l'arbitre. C'est du reste ce que l'on avait compris après l'avoir expérimenté, car en 1856 ⁽¹⁾ l'arbitrage forcé fut aboli et les contestations relatives aux sociétés et entre associés restèrent soumises au droit commun.

Terminons par une observation qui nous intéresse particulièrement : le Code de commerce, dans ses dispositions relatives aux sociétés, ne fait pas mention des actions non libérées; par suite, restent en litige les questions diverses qui s'agitaient déjà avant la confection du Code : nous allons voir, d'ailleurs, au fur et à mesure que nous allons avancer dans notre historique qui va du reste nous amener rapidement à la loi de 1867, quelles étaient les règles formant le droit commun applicable aux actions non libérées, soit sous l'empire du Code de commerce, soit après la promulgation des lois spéciales qui ont suivi, et ce qu'il faut décider relativement aux clauses diverses s'y rapportant, qui auraient pu, dans ces différentes périodes, être insérées dans les statuts.

Aujourd'hui que nous sommes assez loin pour la juger sans passion et sans parti pris, l'œuvre entreprise et menée à fin par le législateur de 1807, nous

(1) Loi du 17 juillet 1856.

apparaît-elle comme méritant toutes les critiques dont elle a été l'objet? Sans doute, il y avait dans le travail du législateur des dispositions importantes et déjà signalées par nous, qui n'auraient pas dû y trouver place et qu'il était bon de faire disparaître, mais pour être juste il faut dire que l'œuvre était bonne en soi; et cela est si vrai que si elle a subi à différentes reprises des modifications profondes, la base n'en a point encore été détruite et sert encore à asseoir le monument juridique qui abrite les sociétés.

Ces critiques, dont le Code de commerce fut l'objet n'ont, à aucune époque peut-être, été plus vives qu'elles le furent dans les premières années de la monarchie de Juillet.

Favorisées par une spéculation hardie et entreprenante, parfois sans scrupule, les sociétés par actions s'étaient considérablement multipliées. En vain le Code avait-il pris soin, dans la crainte exagérée que lui inspirait la société anonyme, de placer cette dernière sous la tutelle de l'État; comme par une imprévoyance surprenante, l'autorisation imposée aux sociétés anonymes pour naître à la vie commerciale n'était point exigée des sociétés en commandite même par actions ⁽¹⁾, tous

(1) Cette différence de traitement à l'égard de la société en commandite par actions et de la société anonyme avait, dans la pensée du législateur, pour motif que dans la société en commandite il y a toujours, en dehors des actionnaires commanditaires, un ou plusieurs gérants responsables de la totalité du passif et, par conséquent, qu'il existe là une garantie qui fait défaut dans la société anonyme; mais cette garantie, peut-on la considérer comme bien sérieuse quand on songe au chiffre considérable auquel s'élevait, dès l'époque où nous nous plaçons, le capital social des sociétés commerciales, celles en particulier qui, par la spéculation effrénée à laquelle elles servaient, étaient plus spécialement la cause des critiques et des protestations d'un grand nombre.

ceux que tentait l'esprit d'entreprise ou de spéculation et qui ne se souciaient pas de demander au gouvernement son estampille, adoptaient cette dernière forme de société. De telle sorte que la société en commandite par actions était devenue la source et le moyen, en même temps que d'entreprises intéressantes et utiles, de scandaleuses spéculations.

Cet état de choses ne manqua pas d'ailleurs de provoquer une réaction très vive et d'amener des réclamations violentes.

En 1838, en effet, sous la pression de ce qui paraissait être l'opinion publique et qui n'était peut-être, ce qu'on a d'ailleurs vu à d'autres époques, que le bruit d'une minorité ardente, le gouvernement prit l'initiative d'un projet de loi qui, n'essayant même pas d'une modification ou d'une réforme, tendait à la suppression pure et simple de la commandite. — Ce projet était évidemment trop radical, il eut pour premier résultat de diviser les adversaires du Code de commerce et de la liberté très relative qu'il accordait aux sociétés; il fut repoussé avec force par la commission qui avait même, après des discussions nombreuses, pris le soin de rédiger un second projet contenant une réglementation nouvelle de la société en commandite. Aux termes de ce projet les actions au porteur ne seraient plus admises dans les sociétés en commandite. Mais aucun de ces projets ne furent en définitive soumis au vote. Les idées exprimées lors de la nomination des membres de la commission et dans le sein même de cette dernière, avaient sans doute éclairé le gouvernement qui retira son projet ou plutôt le laissa oublier. Les idées rétrogrades, qui avaient ainsi un mo-

ment paru refléter l'opinion publique, n'avaient eu qu'un triomphe éphémère, et, comme le dit M. Trolong, le Code, après ce premier assaut, conserva toute son intégrité.

La réforme projetée et espérée n'avait cependant pas disparu des préoccupations de certains esprits, et, après les difficultés qu'elle avait éprouvées pour aboutir en 1838, aidée par de nouveaux abus, elle fut réalisée en partie quelques années plus tard, c'est-à-dire en 1856, par la loi des 17 et 23 juillet 1856.

Cette loi, qui ne vise que les sociétés en commandite, laissant de côté les sociétés anonymes qui, placées sous le régime de l'autorisation gouvernementale, n'offraient que peu de prise aux spéculations que l'on voulait réprimer, peut être considérée comme une œuvre de vive réaction contre les sociétés par actions. Si elle ne fait pas disparaître, en effet, radicalement la société en commandite, comme le gouvernement l'avait demandé en 1838, elle l'enferme dans un réseau de dispositions civiles et pénales qui aboutissent presque au même résultat.

En fait, le coup porté avait été si rude, la réaction si complète, qu'en présence des conséquences si funestes de la loi pour l'esprit d'entreprise auquel aucune nation ne saurait plus rester indifférente, qu'on songea bientôt que les précautions prises avaient été trop rigoureuses et que des idées plus saines, c'est-à-dire plus libérales, commencèrent bientôt à se faire jour.

C'est ainsi qu'en 1863 on entr'ouvrit, pour les sociétés anonymes, la porte qui devait les conduire au régime de liberté sanctionné quelques années plus tard par la loi de 1867.

La loi de 1863, en effet, permettait aux sociétés anonymes dont le capital ne dépassait pas vingt millions, de se créer librement, c'est-à-dire les dispensait de l'autorisation du gouvernement. Ces sociétés étaient appelées « Sociétés à responsabilité limitée. »

C'est sous l'influence des prescriptions libérales qui étaient la règle de certaines sociétés étrangères, les sociétés anglaises, par exemple, que cette loi de 1863 s'imposa à nos législateurs, avec d'autant plus de force d'ailleurs que ces sociétés, ainsi plus favorisées, faisaient à notre commerce et à notre industrie une concurrence redoutable. Toutefois, le législateur eut tort, à notre sens, de ne point obéir d'une façon plus complète à cette nécessité économique, dont la portée ne lui avait cependant point entièrement échappé. En créant ainsi, à côté de la société revêtue de l'estampille gouvernementale, une société anonyme libre dans sa constitution mais obéissant, d'ailleurs, à peu près aux mêmes règles, il créait sans raison deux catégories de société là où l'identité la plus parfaite aurait dû être la règle, car qu'importe le chiffre du capital social, une société n'est ni plus ni moins sérieuse et honorable, suivant que son capital est minime ou très élevé, mais bien suivant le but qu'elle se propose et les membres qui l'ont fondée ou qui la composent. Au surplus, puisqu'il s'agissait de ne pas laisser le champ libre à la spéculation et à l'agiotage, est-ce que l'on y réussirait en laissant la liberté aux sociétés dont le capital n'était pas supérieur à vingt millions? ce chiffre, déjà fort respectable, n'était-il pas plus que suffisant pour permettre à l'agiotage de se donner libre carrière?

On le comprit, du reste, car, parmi les dispositions

nombreuses et importantes de la loi de 1867, nous voyons proclamer le droit pour la société anonyme de se constituer librement et sans aucune autorisation⁽¹⁾.

§ 2. *Droit commun applicable aux actions non libérées sous l'empire du Code de commerce et lois postérieures. Diverses clauses s'y rapportant.*

Nous voici ainsi arrivés à la dernière loi qui forme désormais avec le Code civil et le Code de commerce l'ensemble des règles auxquelles reste soumise notre matière des sociétés. Mais, avant de l'examiner, et nous le ferons seulement au point de vue plus spécial de la question particulière que nous étudions, nous devons nous demander ce qu'il en était, à travers la législation que nous venons de parcourir, en ce qui concerne les actions non libérées et les obligations qui pouvaient en résulter pour les souscripteurs et les porteurs de ces titres.

Tout d'abord, au moment même où le Code de commerce était rédigé, on se trouvait en présence d'un usage très répandu qui consistait à introduire dans les statuts des sociétés une clause qui avait pour but de limiter expressément l'étendue de l'engagement du souscripteur d'actions aux fonds déjà versés par lui dans la caisse de la société, en lui permettant de se retirer de la société moyennant l'abandon de ces sommes déjà versées. Nous avons déjà examiné la même question à propos de la compagnie des Indes

(1) Les tontines et sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, restent cependant soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement (art. 66 de la loi du 24 juillet 1867).

orientales et diverses autres sociétés. Cette question, quoique déjà résolue, renaissait cependant et plus controversée que jamais, car on se demandait si cette clause, dont la portée seule avait fait l'objet des discussions antérieures, pouvait même désormais être valablement insérée en présence de certaines dispositions du Code de commerce.

Ceux qui prétendaient qu'une pareille clause ne pouvait plus produire aucun effet, et ils étaient nombreux ⁽¹⁾, argumentaient des articles 26 et 33 du Code de commerce et soutenaient, qu'aux termes de ces articles, chaque souscripteur d'actions était engagé pour le montant total du capital par lui souscrit, qu'une semblable disposition ne laissait plus de place à une clause qui, insérée dans les statuts d'une façon habituelle, aurait pour résultat d'anéantir l'effet voulu de la loi. D'autres prétendaient, dans un système moins absolu, que cette clause pourrait être valable entre les associés, mais ne serait dans aucun cas opposable aux tiers ⁽²⁾.

Ces deux opinions nous paraissent également inexactes.

Elles s'appuient, en effet, sur une base bien fragile, sur les articles 26 et 33 qui, dans une disposition semblable, édictent, l'un, l'article 26, pour la société en commandite, l'autre, l'article 33, pour les sociétés anonymes, que le souscripteur d'actions ne sera pas tenu des pertes au delà de ce qu'il a mis ou dû mettre

(1) Consultation de Persil et Dupin aîné au sujet de l'affaire des messageries Armand Lecomte et C^{ie}. — Arrêt de la Cour de Lyon, 31 janvier 1840.

(2) Bédarride, *Des sociétés*, t. I^{er}, p. 381.

dans la société. Il est bon, d'ailleurs, d'en citer le texte même :

« ART. 26. — *L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence du fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.* »

« ART. 33. — *Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.* »

C'est donc, il faut le remarquer dès maintenant, dans une disposition qui s'énonce sous la forme négative, que les adversaires de l'opinion que nous défendons trouvent ce qu'ils appellent une prescription formelle, prescription qui ne saurait être éludée, et c'est ainsi, par suite, par un argument *a contrario*, qu'ils arrivent à décider, qu'aux termes de la loi, le souscripteur n'étant pas tenu au delà du capital par lui souscrit, il faut en conclure qu'il est alors tenu de la totalité de ce capital, et que toute clause qui tendrait à un résultat contraire ne pourrait être insérée qu'en violation de la loi et ne pourrait, par conséquent, être validée.

Cette opinion peut être combattue par des raisons bien diverses, toutes également puissantes.

La première, et elle nous semble suffire à la réfutation du système que nous venons d'exposer, c'est que les textes invoqués ne résolvent nullement, et surtout dans le sens que l'on y veut trouver, la question qui est soulevée.

Les partisans de ce système, en effet, ne paraissent pas s'être demandé, et cela est important, quelle était la raison d'être des articles 26 et 33, à quelle pensée, à quel mobile les rédacteurs du Code avaient obéi en les formulant ?

Il est donc utile, pour préciser ce point, de rappeler une jurisprudence tout à fait extraordinaire qui venait de se faire jour et contre laquelle, dans l'intérêt du crédit, il fallait absolument réagir, si l'on voulait ne pas détourner, d'une façon absolue, les capitaux des sociétés par actions. Un arrêt de la cour de Nîmes du 3 fructidor an XII ⁽¹⁾, avait en effet validé la décision d'une assemblée d'actionnaires qui avait prononcé l'augmentation de la mise de chacun des associés par ce motif que le capital souscrit était insuffisant pour faire face au paiement des travaux déjà exécutés. La décision prise par l'assemblée portait que ceux qui refuseraient de s'y soumettre et de verser le supplément demandé perdraient le bénéfice des fonds par eux déjà engagés et ne feraient plus partie de la société. Or l'action qui était primitivement au capital de 5,000 fr. était portée à 12,500 fr.

Quelqu'utilité qu'ait pu avoir, pour la société, une pareille résolution, il n'en est pas moins vrai que de tels résultats sont incompatibles avec le fonctionnement des sociétés par actions et que les souscripteurs s'en éloigneraient inévitablement si leurs engagements pouvaient être ainsi modifiés suivant la volonté ou le caprice de la majorité des actionnaires.

C'est donc dans le but de parer à un semblable inconvénient et pour ne plus permettre qu'à l'avenir une jurisprudence aussi fantaisiste que celle que nous venons de signaler se puisse produire, que le législateur de 1807 déclara formellement que le souscripteur ne serait pas tenu au delà du montant de son engage-

(1) Sirey, 4 2.549.

ment; la forme même de la rédaction indique suffisamment que c'était bien à cette pensée que les rédacteurs du Code avaient obéi, et s'il en est ainsi comment soutenir, à défaut d'autres dispositions quelconques ayant trait à la question, que la clause qui permettait aux actionnaires de se retirer aux conditions que nous avons indiquées n'était pas valable, alors que le législateur, qui se trouvait en présence d'un usage constant, n'avait pas autrement pris le soin de le condamner.

Mais allons plus loin, et demandons-nous si, le texte faisant défaut, les principes mêmes viennent à l'appui du système de nos adversaires?

Que prétendent-ils?

En ce qui concerne les associés, que le retrait d'un actionnaire, quel que soit d'ailleurs le profit que la société pourrait retirer de l'abandon des sommes déjà versées par lui, porterait atteinte à l'intégrité du capital social et que, par suite, le but de la société pourrait être désormais compromis, qu'un pareil résultat est inadmissible.

Que ce résultat soit possible, cela n'est pas niable, mais qu'il soit inadmissible, c'est autre chose. De quoi donc pourraient se plaindre les associés? La clause dont s'agit n'a-t-elle pas été insérée d'un commun accord, et de quel droit repousseraient-ils un résultat que non seulement ils ont pu prévoir, mais même que leur volonté libre a créé? Est-ce que le principe de la liberté des transactions ne s'oppose pas à une pareille prétention, et en vertu de quel texte de loi viendraient-ils se faire ainsi restituer contre une adhésion, peut-être imprudente mais à coup sûr volontaire, aux statuts de la société dont ils font partie et qui sont devenus, par

suite de cette adhésion librement donnée, la loi absolue de chacun ?

Est-ce que par hasard la matière des sociétés se refuserait à l'application des principes du droit commun, et serait-il donc impossible de déroger en quoi que ce soit aux prescriptions du Code par des conventions particulières, ce qui érigerait ces prescriptions en prescriptions d'ordre public ? Mais il suffit de répondre par l'article 18, placé en tête de la matière.

« Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties. »

En ce qui concerne les tiers, mais les statuts de la société ont été rédigés et publiés avant qu'il y ait des tiers pour la société, car ses statuts ont précédé l'existence même de la société. Or ces statuts, les tiers, c'est-à-dire les créanciers, ils ne les ont point ignorés, et sachant les fluctuations que pouvait subir le capital social par suite de la clause qui permet aux actionnaires de se retirer sans avoir entièrement satisfait aux charges de leur engagement, ils ont néanmoins traité avec elle. Où donc y a-t-il pour eux une surprise ? Et si plus tard les actionnaires en se retirant en grand nombre, et en apportant ainsi une diminution considérable au capital social, leur causent un préjudice, à qui ou à quoi peuvent-ils s'en prendre si ce n'est à leur propre imprudence puisqu'ils étaient complètement éclairés et pouvaient prévoir ce résultat ? Il serait vraiment bien exorbitant de vouloir ainsi, sous le prétexte de protéger des créanciers imprudents, non pas seulement sacrifier des actionnaires qui ne sont pas malhonnêtes puisqu'ils ne font qu'user d'un droit, mais, ce qui est plus grave,

porter une atteinte illégitime au grand principe de la liberté des conventions ⁽¹⁾.

Voici du reste comment s'exprimait M. Troplong, partisan résolu du système que nous défendons ⁽²⁾. « On a prétendu que cette stipulation est nulle, écrit-il, comme contraire à l'article 26 du Code de commerce qui veut que chaque associé soit tenu jusqu'à concurrence du montant de sa mise. Mais une telle prétention n'est pas soutenable. Si on avait interrogé l'histoire, on aurait vu que cette clause, fort ancienne dans la pratique commerciale, se rencontre dans les sociétés les plus honorables ; par exemple dans la société générale des assurances, organisée par un édit de Louis XIV, de mai 1686, et précédemment dans les statuts de la compagnie des Indes, réglementés par une déclaration de 1664. D'ailleurs comment peut-on dire que l'associé est tenu du montant intégral de son action, puisque l'acte social lui permet de se retirer après le paiement du premier versement partiel ? Est-ce que la société n'aurait pas pu déclarer que le capital consiste dans les fonds du premier quart seulement, avec réserve de faire un appel de fonds en cas d'insuffisance et sous la clause pénale que ceux qui n'y répondraient pas perdraient leur première mise ? Est-ce que cette combinaison n'est pas permise ? Quelle différence y a-t-il entre elle et celle qu'on taxe d'illégalité ? Ne nous montrons pas trop sévères contre la liberté des conventions. Des langes trop étroits ne couvrent que l'impuissance. »

Cette doctrine avait, du reste, été adoptée par la jurisprudence. La Cour de cassation elle-même, ap-

(1) Voir la note page 150.

(2) Troplong, *Sociétés*, tom. I^{er}, n° 179, pag. 182.

pelée à donner son avis, la sanctionna en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt rendu dans ce sens par la cour de Paris⁽¹⁾.

Mais cette question que nous venons de discuter sous l'empire du Code de commerce et avec une jurisprudence dont le dernier document remonte à 1853, peut-elle se poser encore sous la législation actuelle, et pourrait-on lui donner la solution à laquelle nous sommes parvenus?

Tout d'abord, il faut bien remarquer qu'à l'époque où nous nous sommes placés, c'est-à-dire à une époque antérieure aux lois qui ont modifié le système du Code de commerce, cette question ne se posait en pratique qu'à l'égard des sociétés en commandite. Pour les sociétés anonymes, en effet, cette clause ne figurait pas dans les statuts, elle eût été un obstacle à l'autorisation gouvernementale. Il est vrai cependant que nous trouvons dans les statuts de certaines sociétés anonymes, créées pour la construction et l'exploitation de chemins de fer, une clause présentant quelque analogie et dont nous allons reparler dans un instant. Mais il importe peu pour notre question, le régime des sociétés en commandite et celui des sociétés anonymes étaient tout à fait différents; tandis qu'en effet, les sociétés en commandite obéissaient toutes indifféremment à une loi unique, celle inscrite dans le Code de commerce, les sociétés anonymes, soumises au régime de l'autorisation, avaient chacune leur loi propre, particulière dans le décret qui les autorisait, de telle sorte que s'il était possible de

(1) Paris, 18 août 1871. — Cass., 2 août 1853; Dalloz, 54.5.709.

controverser pour les sociétés en commandite le point de savoir si les articles du Code de commerce, que nous avons cités, ne s'opposaient pas à la validité de la clause qui fait l'objet de notre question, il n'était pas possible de le faire pour la société anonyme, lorsque les statuts approuvés renfermaient cette clause, car l'approbation contenue dans le décret d'autorisation lui donnait par elle seule une validité indiscutable.

Ce n'est donc, en réalité, que pour la société en commandite que la question s'élevait.

Or, la loi de 1856, qui a trait à la société en commandite, proscrivit d'une façon absolue l'usage de cette clause et substitua au principe de la liberté des conventions qui forme la base du système du Code de commerce, la rigueur de ses prescriptions. Outre qu'il était dit, en effet, que désormais les actions resteraient nominatives jusqu'à complète libération et que le souscripteur en resterait indéfiniment responsable, l'article 3 principalement ajoutait : « Les souscripteurs d'actions dans les sociétés en commandite sont, *nonobstant toute stipulation contraire*, responsables du montant total des actions par eux souscrites.

Quant à la loi de 1867, si elle a apporté un certain tempérament à la sévérité de ce texte, elle n'en a pas moins continué à proscrire la clause en question, et il ne paraît pas douteux aujourd'hui que cette clause resterait sans effet si elle était par hasard insérée dans des statuts. Les obligations, en effet, qui incombent aux souscripteurs d'actions relativement à leur libération, sont formellement déterminées par l'article 3, sans qu'il soit possible de les modifier en

dehors des limites de la loi. Les termes mêmes de l'article 3 qui commence ainsi : « Il peut être stipulé (etc.), » indiquent suffisamment qu'il ne pourrait être stipulé ni en dehors, ni au delà.

Il est donc certain aujourd'hui que toutes clauses des statuts qui s'écarteraient des termes de notre article dans le but de restreindre l'étendue des obligations des souscripteurs d'actions resteraient absolument sans effet.

Une autre question intéressante était celle de savoir si le souscripteur d'actions qui aliénait son titre restait garant, et dans quelle mesure, de son cessionnaire, dans le cas où le titre vendu n'était pas libéré, et si, par conséquent, la société pouvait, malgré cette cession, s'adresser à lui pour obtenir le paiement des sommes restant à verser.

Cette question nous préoccupera bien plus vivement lorsque nous l'étudierons dans l'état actuel de la législation; nous devons cependant dire un mot des controverses auxquelles elle avait donné lieu et de la manière dont elle était résolue avant la loi de 1867.

Trois systèmes s'étaient formés sur cette question.

Dans le premier système, on prétendait que les sociétés par actions, à l'inverse des sociétés en nom collectif qui sont des sociétés de personnes, ne sont que des sociétés de capitaux, que les personnes n'y jouent qu'un rôle secondaire et ne sont par elles-mêmes rien dans la société, que c'est l'action qui est tout, que dès lors l'action seule est débitrice et que lorsqu'on a cessé de la détenir le lien est rompu, que désormais l'on est devenu étranger à toutes les chances

de bonne ou mauvaise fortune qui accompagnent la société.

Dans le second système on disait, au contraire, que le souscripteur d'actions tenait à la société par un autre lien que l'action qu'il avait souscrite, lien plus fort, que la cession du titre ne pouvait briser et qui n'était autre que l'engagement direct pris vis-à-vis de la société de libérer le titre qu'il avait souscrit. Cet engagement, disait-on, persistait malgré la vente du titre, car la vente du titre étant indépendante de la volonté de la société qui n'y prenait aucune part, ne pouvait en aucun cas lui préjudicier.

On invoquait en outre l'intérêt des tiers, qui pouvaient ainsi voir disparaître, après coup, les garanties de solvabilité des souscripteurs primitifs, garanties sur lesquelles ils avaient compté, et aussi le désordre et le scandale de ventes fictives ayant pour résultat de substituer aux véritables capitalistes de la première heure des hommes de paille sans solvabilité et sans crédit, ventes qui ne manqueraient pas de se produire si la société venait à sombrer.

Les raisons invoquées dans ces deux premiers systèmes en avaient fait naître un troisième plus ingénieux que logique qui consistait à faire une distinction entre les actions au porteur et les actions nominatives.

Si les actions étaient au porteur, le souscripteur restait tenu de son engagement, car la société et les tiers, ignorant quel était le cessionnaire et par suite le porteur actuel du titre, ne pourraient pas recourir contre lui; il fallait bien cependant, ajoutait-on, qu'il y ait un titulaire responsable.

Au contraire, si les actions étaient nominatives, le

titulaire de l'action était connu, il n'y avait donc pas lieu de recourir au souscripteur primitif. Au surplus, le transfert consenti par la société devait, aux termes de l'article 1861 du Code civil, être considéré comme un consentement donné par la société à la substitution du cessionnaire en remplacement du cédant.

Ce dernier argument, il faut le remarquer, n'a pas la même portée à l'égard des tiers qu'à l'égard des associés, nous voulons dire qu'on pourrait l'opposer plus utilement à la société elle-même en cas d'appel de fonds, qu'aux créanciers, au syndic par exemple, lorsque se substituant à la société elle-même par suite de sa faillite ils viendraient réclamer aux souscripteurs l'exécution de leurs engagements, les tiers, en effet, ne sont pour rien dans le transfert effectué et n'ont pu ni l'approuver ni l'empêcher.

Quoi qu'il en soit, en présence des difficultés soulevées par ces controverses, la pratique avait cherché le moyen d'y échapper. C'est ainsi que dans certaines sociétés on insérait dans les statuts que le souscripteur resterait garant des sommes restant à verser sur les actions par lui souscrites, malgré la cession qu'il en aurait faite, tandis que dans d'autres, au contraire, on laissait au gérant ou au conseil d'administration le soin d'accepter ou de refuser le cessionnaire, le cédant en cas d'acceptation étant absolument déchargé pour l'avenir.

Mais, comme si la controverse dans toute matière juridique est chose pour ainsi dire inépuisable, on se demanda si cette clause même, nous parlons de la dernière, était valable? L'intérêt des tiers était encore une fois invoqué, les garanties, disait-on, fondées sur

l'importance du capital social et la solvabilité de ceux qui en étaient débiteurs, seraient ainsi laissées à la seule volonté de la société elle-même, et dans le cas d'une catastrophe leur échapperaient complètement.

La question que nous venons d'examiner était très peu discutée en ce qui concerne les porteurs intermédiaires. Quant à eux, ils n'avaient pas pris d'engagement direct vis-à-vis de la société, ils n'étaient plus détenteurs du titre, comment seraient-ils tenus? C'est du moins le raisonnement qui était le plus répandu, aussi décidait-on généralement qu'on ne pouvait pas recourir contre eux.

La rigueur des principes ainsi admise en ce qui concerne les obligations incombant aux souscripteurs d'actions, n'était pas de nature, on le comprend bien, à attirer les capitalistes et à les entraîner à souscrire des engagements aussi périlleux. Dès lors, si la spéculation que l'on cherchait à atteindre, en était frappée, d'un autre côté l'esprit d'entreprise se trouvait également arrêté dans son développement.

On chercha donc à parer à cet inconvénient lorsqu'il fallut faire appel au crédit public dans l'intérêt du succès de ces grandes entreprises qui nécessitaient des capitaux énormes et ne pouvaient, à leur début, malgré l'appui du gouvernement, inspirer une suffisante confiance.

C'est ainsi qu'en 1838, les statuts de la compagnie d'Orléans ⁽¹⁾, dérogeant à cette règle unanimement ad-

(1) Ordonnance du 13 août 1838 relative aux statuts de la compagnie d'Orléans.

mise dans toutes les autres sociétés anonymes, à savoir que les actions ne pouvaient prendre la forme au porteur qu'après leur libération intégrale, portaient dans leur article 7, que « les actions seraient au porteur, qu'elles seraient remises aux ayants-droit après le paiement de vingt-cinq pour cent de leur montant. »

Plus tard, en 1843, les statuts de la compagnie du chemin de fer de Marseille à Avignon ⁽¹⁾ autorisent même la conversion des actions nominatives en actions au porteur après le paiement des trois premiers dixièmes.

Il faut ajouter qu'après cette mise au porteur des actions, les souscripteurs primitifs qui avaient vendu leurs titres, étaient entièrement déchargés de tout engagement et ne répondaient pas des obligations de leurs cessionnaires.

Toutefois le crédit des entreprises de chemin de fer s'améliorant par suite des résultats déjà obtenus, on ne crut plus devoir laisser aux souscripteurs une aussi grande facilité. La loi de 1845, en effet, qui est relative au chemin de fer de Paris à la frontière de Belgique et qui fait partie du réseau de la compagnie du Nord, releva, en effet, la quotité des sommes versées nécessaire pour la transformation des actions nominatives en actions au porteur et la libération des souscripteurs qui en étaient la conséquence et la porta au cinq dixièmes du montant de l'action.

Voici, en effet, comment s'exprime l'article 8 : « *Les récépissés de souscription ne sont point négociables.*

(1) Ordonnance du 29 août 1843 relative aux statuts de la compagnie de Marseille à Avignon.

Les souscripteurs seront responsables jusqu'à concurrence des cinq dixièmes du versement du montant des actions qu'ils auront souscrites. »

Deux questions qui se confondent, et que nous retrouverons dans la discussion qui va suivre lorsque nous passerons en revue les controverses soulevées sous la législation qui nous régit actuellement, étaient agitées. Le souscripteur d'actions était-il libéré par le fait seul du versement des cinq dixièmes, ou fallait-il en outre qu'il ait vendu son titre? Le détenteur de l'action ainsi libérée des cinq dixièmes était-il tenu par le fait de la détention du titre?

Alors, comme aujourd'hui, on décidait généralement que la détention du titre créait pour le porteur un lien d'obligation qui le rendait débiteur personnel du montant des versements restant à effectuer et, par suite, que le souscripteur, qui n'avait pas aliéné son titre, restait tenu de le libérer, car s'il ne l'était plus en sa qualité de souscripteur, il l'était encore en qualité de détenteur.



DEUXIÈME PARTIE.

LÉGISLATION ACTUELLE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

Nous avons déjà indiqué que l'ensemble des règles qui sont applicables à la matière des sociétés ont leur siège, non point seulement dans les lois particulières qui s'y rapportent, mais également dans les dispositions de nos Codes civil et de commerce, qui, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, forment comme la base même du monument juridique des sociétés.

A l'heure actuelle, c'est donc à la fois dans nos Codes et dans le texte de la loi du 26 juillet 1867, qu'il faut puiser pour y trouver les dispositions sous l'empire desquelles les sociétés sont placées.

Nous avons passé jusque-là en revue les dispositions principales du Code de commerce et essayé de dégager quel était, antérieurement aux lois spéciales sur les sociétés, le droit commun applicable à notre matière particulière des actions non libérées. Nous allons étudier maintenant les règles tracées par la loi de 1867 et examiner successivement, dans les situations diverses que l'on peut pratiquement supposer, quels sont les droits et les obligations des souscripteurs et des porteurs d'actions non libérées.

C'est ainsi que nous serons amenés à étudier en détail chacune des questions suivantes :

1° De l'étendue de la responsabilité des souscripteurs ou cessionnaires d'actions non libérées, soit qu'il s'agisse d'actions nominatives, soit qu'il s'agisse d'actions au porteur.

2° Des conditions auxquelles est subordonnée la libération éventuelle des souscripteurs ou cessionnaires, avant le versement total du montant de l'action.

3° Des poursuites à exercer, soit par la société elle-même en cas d'appel de fonds, soit par le syndic, en cas de faillite, contre les différentes personnes tenues des versements à faire sur des actions non libérées.

4° De la solidarité entre les différents titulaires de la même action et des recours qu'ils peuvent exercer entre eux.

La doctrine et la jurisprudence étant ainsi analysées et fixées par nous, nous essaierons enfin, dans un dernier chapitre, qui sera comme la conclusion des recherches et des méditations que ce travail nous a imposées, nous essaierons, disons-nous, de montrer les vices de la loi de 1867 en ce qui concerne les actions non libérées, et d'indiquer les modifications qu'il faudrait y apporter sur ce point pour mettre ce merveilleux instrument de crédit, qui s'appelle la société anonyme, plus en harmonie avec les importants services qu'elle est appelée à rendre pour la propagation et la vulgarisation du progrès.

Terminons par une dernière observation qui est celle-ci : Les diverses questions que nous allons examiner, et qui sont toutes relatives aux actions non libérées et aux conséquences qu'elles font naître, sont

les mêmes et recevraient les mêmes solutions dans les sociétés en commandite comme dans les sociétés anonymes. Les articles 1 et 2, et principalement l'article 3 de la loi de 1867, en effet, dans lesquels se trouve contenu le germe de toutes ces questions, sont communs à ces deux formes de sociétés.

CHAPITRE I.

ESPRIT GÉNÉRAL DE LA LOI DE 1867 EN CE QUI CONCERNE LES ACTIONS NON LIBÉRÉES.

HISTORIQUE DE LA RÉDACTION DE L'ARTICLE 3.

Le Code de commerce, tout en édictant un certain nombre de règles spéciales aux sociétés, n'avait pas entendu cependant les renfermer rigoureusement dans ses prescriptions et avait laissé subsister, au contraire, à leur profit, le principe de la liberté des conventions. Nous avons vu, dans le résumé qui précède, les discussions nombreuses auxquelles les dispositions libérales du Code avaient donné lieu et comment elles avaient abouti finalement à la loi de 1856; nous avons indiqué dans quel esprit de véritable réaction cette loi avait été faite, et signalé l'impossibilité dans laquelle elle plaçait les actionnaires d'échapper à la rigueur de ses prescriptions par des conventions particulières. En ce qui concerne l'action non libérée, le principe dominant, absolu qu'elle consacrait, était l'obligation nécessaire, non susceptible de restriction, pour le souscripteur d'actions et tous cessionnaires successifs, de libérer intégralement le titre, et comme sanction pratique de cette obligation, la défense de convertir l'action en titre au porteur avant sa libération complète.

Or, il est facile de voir, avec des prescriptions aussi strictes et aussi sévères, à quels dangers s'exposent les souscripteurs ou acquéreurs d'actions, et de s'imaginer le trouble qui peut résulter pour les transactions en général de cette multitude d'engagements qui, pour une même cause, enchaînent successivement, et pour une durée indéfinie, toute une suite de personnes, l'injustice de ce résultat qui soumet aux chances seules de mauvaise fortune celui qui n'a plus droit aux bénéfices et ne prend plus part à la direction de la société à laquelle il est devenu étranger, et enfin, comme conséquence, la difficulté pour la société elle-même de trouver dans ces conditions des souscripteurs, et pour les souscripteurs des cessionnaires qui les remplacent.

C'est préoccupé de pareils résultats, que le législateur de 1867 s'est efforcé, afin d'y échapper dans une certaine mesure tout au moins, de trouver un moyen qui, en permettant aux actionnaires, souscripteurs ou cessionnaires de se retirer définitivement de la société moyennant certaines conditions de nature à sauvegarder les droits des tiers, pût ainsi donner satisfaction à tous les intérêts en présence.

Ce moyen consiste à laisser à la société la faculté, moyennant certaines conditions et certaines restrictions, que nous étudierons postérieurement, de transformer les titres nominatifs en titres au porteur avant la complète libération de ces titres, et en donnant à cette conversion l'effet de décharger les souscripteurs primitifs, bien entendu, comme nous venons de le dire, avec des restrictions et moyennant certaines conditions. Nous allons voir comment il y est parvenu.

Le Gouvernement, dans son projet de 1865, avait été beaucoup plus loin que la Chambre elle-même. L'article 2, en effet, autorisait la décharge complète du souscripteur après le versement de moitié, à la seule condition que la clause en fût insérée dans les statuts constitutifs de la société, afin que les tiers fussent avertis, dès le premier moment, des risques auxquels était exposé le recouvrement de la seconde moitié du capital social.

La commission, d'autre part, avait admis en principe cette disposition du projet, mais elle la compliquait de mesures de publicité qui, sous le prétexte de prémunir les tiers contre l'ignorance de cette clause des statuts, était véritablement de nature à porter atteinte au crédit des sociétés.

Aussi le Conseil d'État se refusa-t-il à admettre le projet amendé qui lui était présenté.

C'est dans ces conditions que la Chambre, appelée à trancher la difficulté, voulut combiner les deux points de vue qui s'étaient fait jour dans la discussion du projet au Conseil d'État d'une part, et d'autre part devant la commission, c'est-à-dire pour le souscripteur : possibilité de se retirer de la société sans laisser derrière lui un engagement indéfini, et d'un autre côté pour les tiers, une garantie suffisamment sérieuse pour que la fraude soit écartée.

Voici d'ailleurs comment s'exprimait le rapporteur de la commission ⁽¹⁾ : « La commission a pensé, disait-il, qu'entre les idées opposées qui avaient trouvé place

(1) Cet historique présente un intérêt considérable au point de vue de l'interprétation de notre article 3 principalement.

dans la discussion à la suite de laquelle elle avait été saisie de nouveau de l'examen de l'article 2 et de l'article 3, il y avait une sorte de transaction à faire. Cette transaction elle l'a tentée..., elle a pensé que le sentiment de la Chambre était de ne pas libérer d'une manière absolue, après le versement de la moitié de l'action, soit les souscripteurs primitifs, soit les cessionnaires qu'ils se seraient donnés jusque-là. La Chambre a pensé qu'il n'y avait pas pour les tiers, pour la société elle-même, une suffisante garantie. Elle a redouté surtout, et cela a été la considération principale qui s'est fait jour dans la discussion, les cessions faites à contre temps, les cessions frauduleuses.

« Il y avait contre elles sans doute le remède de l'action judiciaire ouverte contre la fraude, recours difficile, remède souvent inefficace; la commission l'a compris, comme la Chambre elle-même. Elle n'a pas voulu qu'un souscripteur ou un cessionnaire, placé au sein de la société, assistant à ses délibérations, aux actes de sa vie quotidienne, entrevoyant dans un avenir prochain la catastrophe, la ruine, que le public n'aperçoit pas encore, pût par une cession se dégager d'une manière complète en se substituant un cessionnaire sans solvabilité.

« Qu'a-t-elle fait alors? Elle a cru possible de prévenir ces cessions anticipées et frauduleuses et de créer à la société et aux tiers en même temps, les sûretés qu'il était dans la pensée générale de leur donner. Dans ce but, la commission a introduit dans la rédaction nouvelle la double garantie que voici :

« Il ne faut pas l'oublier d'abord, c'est une faculté que la loi donne aux sociétés, ce n'est pas une obliga-

tion qu'elle impose. Les statuts en useront ou non. Les associés sont libres à cet égard. Mais là où les statuts auront prévu la libération possible du souscripteur par le versement de la moitié, l'assemblée générale interviendra, elle vérifiera si la moitié du montant de l'action a été versée; puis examinant la situation présente, même future de la société, elle dira en pleine et parfaite connaissance de cause, s'il est possible de libérer le souscripteur ou son cessionnaire. De les libérer purement et simplement? Non, mais sous une condition que je vais dire.

« Il n'est pas possible de croire que l'assemblée générale des actionnaires, par une sorte de suicide, par un acte de véritable démente si la société n'est pas excellente, si elle a besoin dans un avenir prochain de faire un appel aux ressources des souscripteurs, à leur garantie personnelle, les libère en autorisant la transformation des actions nominatives en actions au porteur. Il y a là une première garantie.

« La seconde est celle-ci : dans tous les cas, quelle que soit la décision de l'assemblée générale, qu'elle transforme les actions nominatives en actions au porteur ou que ces actions demeurent nominatives, les souscripteurs et les cessionnaires demeureront responsables, à partir de la délibération de l'assemblée elle-même, pendant une durée de deux années encore.

« Il n'est pas possible d'imaginer la prévision, à une aussi longue échéance, des catastrophes ou des ruines qui pourraient inciter les souscripteurs ou les cessionnaires à se débarrasser de leurs actions pour échapper à la responsabilité. La commission a cru par là entrer dans le sentiment de la Chambre et réaliser la transac-

tion à laquelle le renvoi, dont elle avait été saisie, l'avait provoquée ⁽¹⁾. »

Et l'article 3, tel que la commission, dans son second examen de la loi, l'avait rédigé, a été voté par le Corps législatif.

En voici les termes exacts, il est bon de les reproduire avant d'entrer dans le détail des questions que l'obscurité de sa rédaction a fait naître.

ART. 3. — *Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié, restent tenus au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale.*

(1) *Moniteur* du 13 juin 1867.

CHAPITRE II.

RESPONSABILITÉ DES SOUSCRIPTEURS OU CESSIONNAIRES D'ACTIONS NON LIBÉRÉES.

TITRE PREMIER.

Distinction importante. — Les actions sont-elles forcément nominatives ou peuvent-elles être converties au porteur?

L'article 3 de la loi de 1867 dont nous venons de reproduire le texte et qui, comme nous l'avons dit, contient, et d'une façon restrictive, les règles relatives aux obligations des souscripteurs et porteurs d'actions non libérées, envisage deux situations bien distinctes qui comportent évidemment des questions et des solutions différentes.

Comme les lois antérieures, sauf celle de 1856, la loi de 1867, avons-nous dit, avait dû se préoccuper de la difficulté que créait aux sociétés pour leur constitution et plus tard pour la négociation facile de leurs actions, la durée et l'étendue des engagements des souscripteurs et acquéreurs d'actions qui, cet engagement pris, ne pouvaient plus par aucun moyen s'en décharger et se voyaient ainsi tenus presque indéfini-

ment de lourdes responsabilités. Aussi laisse-t-elle, dans le but d'y porter remède, la faculté, aux conditions que nous allons connaître, de transformer les titres nominatifs en titres au porteur avant la complète libération de ces titres.

Il faut donc, avec l'article 3, avant d'examiner en détail quelles sont les conséquences pratiques et juridiques qu'engendrent les actions non libérées dans une société, se demander si les actions de cette société sont restées nominatives, ou si, au contraire, les conditions exigées par la loi ayant été remplies, elles ont pris la forme au porteur.

Nous allons donc envisager successivement ces deux hypothèses et étudier sous chacune d'elles les questions diverses qui s'y rapportent expressément, nous examinerons ensuite celles qui peuvent naître indifféremment dans l'une ou l'autre de ces situations.

SECTION I.

Les actions sont forcément nominatives. — Quelles sont les personnes tenues de les libérer?

Quelles sont les personnes tenues de répondre à l'appel des versements restant à effectuer sur les actions?

Telle est évidemment la première question qui doit se poser et de laquelle découlent, pour ainsi dire, toutes les autres.

Pour y répondre, plusieurs hypothèses sont à prévoir :

I.

Tout d'abord le souscripteur de l'action n'a pas aliéné son titre, il en est demeuré titulaire depuis le moment de sa souscription.

Cette première situation ne présente pas de difficultés.

A la fois souscripteur de l'action, et par cela même ayant pris personnellement et directement l'engagement de la libérer, et en même temps détenteur du titre, c'est-à-dire associé, comment ne serait-il pas tenu?

Toutefois, on a essayé de renouveler la controverse qui s'était longuement agitée sous l'empire du Code de commerce et avant la loi de 1856, et on s'est demandé si, malgré les termes de l'article 3, il ne serait pas loisible aux fondateurs d'une société d'introduire dans les statuts une clause limitant les engagements des souscripteurs à une portion du montant nominal des actions souscrites en les autorisant à se retirer de la société moyennant l'abandon de cette portion déjà versée.

Nous avons déjà indiqué par avance la solution qu'il fallait donner à cette question. Quelles que soient, en effet, les raisons qui ont pu être alléguées avant la loi de 1856 et qui nous ont paru excellentes en l'absence de dispositions formelles inscrites dans nos lois pour s'opposer à leur admission, il est certain qu'une pareille clause ne pourrait plus aujourd'hui être valablement insérée. L'esprit de la loi de 1856 et de la loi de 1867 non plus que leurs termes ne peut laisser au-

cun doute à cet égard, et la faculté de mise au porteur des actions après le versement de la moitié avec décharge pour le souscripteur primitif au bout de deux années est la plus large concession que le législateur ait voulu faire; les stipulations et conventions des associés, quelque regret que l'on puisse avoir à le constater, ne peuvent l'étendre.

Le souscripteur d'actions nominatives qui est resté titulaire de son titre est donc tenu et tenu indéfiniment des sommes restant à verser ⁽¹⁾.

(1) Cette solution est combattue par M. Labbé dans un langage énergique que nous nous plaisons à reproduire. « Mais qu'on ne l'oublie pas, écrit-il, nous avons pensé que la liberté des conventions allait jusqu'à permettre de stipuler par une clause formelle, expresse, plus claire que le simple établissement de l'action sous forme de titre au porteur, que les souscripteurs auraient la faculté extrême, étrange, mais non immorale, de se dégager de l'obligation de compléter leur mise en abandonnant à la société leur action et les versements déjà effectués.

« C'est avec cette largeur que nous comprenons la liberté des conventions » (Sirey, 1879.2.33, note sous l'arrêt de la cour de Paris).

Nous avons déjà adopté cette opinion, lorsque nous avons discuté cette même question, en nous plaçant avant la loi de 1856. Mais depuis cette dernière loi et depuis celle de 1867 qui nous régit actuellement, nous sommes obligé de la repousser, parce que nous sommes convaincu que si elle est conforme aux principes généraux du droit, elle est contraire à l'intention du législateur qui a voulu précisément arracher cette matière au droit commun pour la placer sous une loi d'exception et la soumettre à un régime rigoureux et exclusif. Il ne faut point oublier, en effet, que le gouvernement avait, dans l'exposé des motifs de la loi, manifesté les mêmes vues et les mêmes sentiments que M. Labbé, c'est-à-dire avait proclamé, comme restant debout et planant au-dessus des détails réglementés par la loi proposée, le principe de la liberté des conventions.

Voici, en effet, comment s'exprimait M. Duvergier, commissaire du gouvernement, à l'appui de l'article 1^{er} du projet, article qui permettait de limiter la responsabilité des souscripteurs des actions à la moitié de chacune d'elles. « Sans doute, quiconque s'oblige est tenu pour la totalité de l'engagement qu'il contracte; sans doute, si

II.

Mais s'il a vendu son titre, et c'est là la seconde hypothèse, est-il tenu des versements à faire ?

Comme la précédente, cette question était déjà controversée avant la loi de 1867, et a été également examinée par nous. Nous avons même fait pressentir quelle était la solution qu'il fallait lui donner, et qui peut se formuler en ces termes : Le souscripteur d'actions, qu'il ait ou non cédé son titre, reste personnellement tenu des versements à effectuer.

Les adversaires de cette opinion s'appuient sur ce que, lorsqu'il s'agit d'actions nominatives, la cession du titre ne peut s'opérer, au regard de la société, que par un transfert sur ses registres, que dès lors, non seulement la société connaît désormais le titulaire de

dans une société chaque associé n'est obligé d'une manière absolue qu'au paiement de la moitié des actions qu'il a souscrites, le capital social peut se trouver éventuellement réduit à la moitié de son chiffre nominal, et cette éventualité est précisément à craindre pour le cas où l'insuccès des opérations sociales rendra plus nécessaire la réalisation totale des capitaux engagés dans la société.

« Mais en thèse générale, les parties peuvent, par leur volonté formellement exprimée, étendre ou restreindre à leur gré les effets de leurs engagements. Chacun peut, par exemple, dire qu'il se réserve de réduire le montant de son obligation à une somme ou à une quotité déterminée. Ceux qui traitent dans ces conditions, connaissant la limite, la réserve qui a été énoncée dans le contrat, sont tenus d'en subir les conséquences; ils n'ont pas le droit de se plaindre d'une stipulation qu'ils ont librement acceptée et sans laquelle la convention n'aurait pas eu lieu. »

Or, le texte de l'article 1^{er} a été repoussé, de même que le point de vue, auquel s'était placé M. Duvergier, n'a pas été accepté par le Corps législatif. Ce dernier point résulte formellement de la discussion de la loi (Voir séances des 29 et 30 mai 1867, *Moniteur* des 30 mai et 1^{er} juin).

l'action, véritable débiteur du capital social non encore payé, mais encore, par le transfert qu'elle a effectué, elle a accepté la substitution du nouveau débiteur à l'ancien, et elle a ainsi opéré une novation qui a eu pour effet de décharger complètement le cédant.

On peut faire plusieurs réponses à cette objection. Tout d'abord quel a été le rôle de la société dans le transfert qu'elle a opéré? Il ne faut point oublier que la novation est chose qui ne se présume pas, qu'elle doit être expresse, et que l'intention des parties qui y président doit être certaine. En est-il ainsi dans ce cas, et qu'est-ce autre chose que le transfert opéré, sinon une formalité ayant pour but à la fois de faire reconnaître le cessionnaire comme le nouvel associé de l'entreprise avec les droits y afférents et aussi avec les obligations que lui impose sa nouvelle qualité, de telle sorte qu'en réalité la société se crée bien un nouveau débiteur, mais ne perd pas le premier. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait proclamer pour la société le droit de discuter le degré de solvabilité du cessionnaire et finalement de refuser la substitution qui lui est offerte, car qui pourrait soutenir que la novation par changement de débiteur puisse se produire sans le consentement du créancier, et cependant nul ne conteste que la société n'ait pas ce droit-là et ne puisse se refuser à opérer le transfert qui lui est demandé. Cela est si vrai, qu'avant la loi de 1856, on introduisait dans certains statuts le droit pour le gérant de se livrer à cette appréciation et d'accepter ou non la substitution proposée moyennant laquelle, en cas d'acceptation, le souscripteur primitif se trouvait déchargé ⁽¹⁾.

(1) De même que la clause qui limiterait la responsabilité du sous-

Mais ce n'est pas tout; on nous dit que le transfert opéré par la société peut être considéré comme le consentement du créancier à la novation par changement de débiteur. Mais la société, est-ce bien le créancier? Et les tiers, non moins intéressés que la société elle-même et qui sont également créanciers et ont comme gage le capital social, ont-ils participé en quoi que ce soit au transfert effectué par la société? Assurément non. Dès lors comment soutenir qu'ils ont donné leur consentement. On répond, il est vrai, que leur consentement est en quelque sorte obligatoire; qu'il a pour ainsi dire précédé leur qualité de créanciers, qu'en traitant en effet avec la société ils ont souscrit par avance à tout ce qui serait fait dans la limite des statuts. Cet argument ne manque pas d'un certain fonds de vérité, car il ne faut pas, sous peine d'injustice, donner aux droits des tiers une trop grande importance au préjudice de ceux des actionnaires; si ces droits, en effet, doivent passer les premiers, ils ne doivent pas cependant étouffer et absorber les seconds, et pour notre part, nous sommes bien convaincu de ce fait, que l'on abuse maintes fois de cet argument dans les discussions qui se rapportent à la matière des sociétés, car, à la vérité, les créanciers, ou du moins ce cas est le plus rare, ne deviennent pas créanciers par force de la so-

cripteur à une quotité seulement du capital social souscrit, cette clause, pour les mêmes motifs, ne saurait être valablement introduite dans les statuts.

M. Vavasseur, dans son *Commentaire de la loi de 1867* (3^e édition, t. I^{er}, p. 278), l'a cependant contesté mais sans en donner des motifs bien puissants et en y apportant au contraire des restrictions qui sont à elles seules de nature à faire repousser son système. Cette opinion n'a, du reste, pas été suivie, croyons-nous.

ciété pas plus que les actionnaires ne sont associés malgré eux, par conséquent, comme les actionnaires, ils ont pu mesurer la nature et l'importance des droits qui leur seraient conférés en traitant avec la société, et dès lors peuvent-ils ainsi demander à leur profit l'annulation des conventions qui ont présidé à la constitution de sociétés dont ils sont devenus plus tard les créanciers?

Quoi qu'il en soit, la loi de 1867, telle qu'elle est rédigée, ne permet aucun doute à l'égard de la solution que nous proposons.

Ce qui est en effet formel, aussi bien dans son esprit que dans son texte, c'est qu'elle ne veut pas, hors l'exception qu'elle précise et qu'elle limite expressément, que le souscripteur puisse se soustraire aux engagements qu'il a pris de libérer intégralement les actions par lui souscrites. Or ce serait là un moyen indirect d'échapper à la loi, que les motifs invoqués sont absolument impuissants à faire admettre.

III.

La question que fait naître la troisième hypothèse est plus délicate.

Non seulement le souscripteur a vendu son action, mais son acheteur lui-même l'a à son tour revendue. Ce dernier, c'est-à-dire le titulaire intermédiaire, est-il tenu des versements à faire, est-il responsable de son propre cessionnaire?

Lorsqu'il s'agissait du souscripteur ou du titulaire actuel, on disait qu'ils étaient tenus, le premier, parce qu'il avait pris engagement personnel et direct vis-à-vis

de la société, le second, parce qu'étant titulaire de l'action, c'est-à-dire associé ayant droit à une part d'actif dans la société ainsi qu'à une part dans les bénéfices, il était en même temps soumis aux charges de tout associé.

S'il s'agit d'un titulaire intermédiaire, comment invoquer l'un ou l'autre de ces deux arguments?

Et cependant on décide généralement que le titulaire intermédiaire reste, comme le souscripteur lui-même, responsable de son cessionnaire. « Les souscripteurs, disent MM. Lyon-Caen et Renault ⁽¹⁾, qu'ils aient ou non cédé leurs actions, les cessionnaires intermédiaires et les porteurs actuels sont tenus personnellement du paiement du capital entier des actions. »

On dit, en effet, que le souscripteur intermédiaire, par le transfert qui a été opéré à son nom sur les registres de la société, est devenu le véritable associé au lieu et place de son cédant, qu'il a été par cela même subrogé dans ses obligations et dans ses droits, que désormais ayant le droit d'assister aux assemblées et de prendre ainsi part, au moyen de son vote à la direction des affaires de la société, possédant une portion de l'actif, proportionnelle au nombre d'actions dont il est devenu titulaire, touchant les revenus et dividendes de ces actions, exerçant en un mot tous les droits y afférents, il ne peut se soustraire d'autre part aux obligations qui en découlent. — Que l'engagement pris vis-à-vis de son cédant d'acquitter désormais toutes les charges pouvant résulter de la cession, l'a

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, pag. 443.

Nous avons vu précédemment, pag. 135, qu'avant la loi de 1856 c'était l'opinion contraire qui était la plus répandue.

été également vis-à-vis de la société, que le transfert du titre fait par la société n'a pas seulement pour but d'en transporter, à l'égard de cette dernière, tous les bénéfices sur la tête du nouvel associé, mais les charges également; qu'ainsi la signature mise au bas de la demande de transfert par le cessionnaire avec ces mots « Bon pour acceptation de transfert, » a toute la valeur d'un engagement.

On peut ajouter à ces raisonnements un argument de texte à notre avis très puissant. L'article 3, en effet, lorsqu'il indique ceux qui resteront tenus pendant deux années après la libération des actions à concurrence de moitié et après leur mise au porteur, ne parle pas seulement des souscripteurs mais *des cessionnaires* « soit « que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au « porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les « actions *et ceux auxquels ils les ont cédées* avant le versement de moitié restent tenus du paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans. »

Or il s'agit bien là de titulaires intermédiaires, bien que les mots « qui ont aliéné leurs actions » précèdent « ceux auxquels ils les ont cédées, » et nous verrons, dans un système tout au moins que, malgré le versement de moitié et la délibération autorisant la mise au porteur, les titulaires d'actions nominatives ne cessent d'être tenus que tout autant qu'ils ont aliéné leurs titres. Malgré l'imperfection du texte, que nous avons malheureusement à signaler trop souvent, il s'agit donc bien, comme nous le disons, de cessionnaires, ayant eux-mêmes revendu leurs titres, et par conséquent de cessionnaires intermédiaires.

Malgré les raisons invoquées plus haut, et le texte en somme suffisamment précis pour faire disparaître le doute sur ce point, on a essayé de soutenir que la responsabilité des cessionnaires intermédiaires ne résidait que dans la détention du titre, et qu'elle s'évanouissait par la cession qu'il en opérait, que le transfert ne pouvait créer aucun lien vis-à-vis de la société, qu'il était consenti par le cédant seul, que l'intervention de la société était une pure formalité, que cette dernière ne pouvait ni rejeter ni approuver la demande qui lui était faite; qu'en outre, il serait vraiment exorbitant d'imposer à un actionnaire, qui n'aura fait pour ainsi dire que passer dans la société, une responsabilité aussi longue et aussi lourde; qu'une pareille interprétation de la loi serait de nature à mettre les plus sérieuses entraves à la négociation des actions, qui trouveraient difficilement preneurs en présence de conditions si onéreuses.

Ce dernier argument, qui est le seul auquel nous n'ayons déjà répondu, nous paraît absolument fondé, mais dans l'ordre législatif seulement, au point de vue de l'interprétation de la législation existante, on ne peut pas l'admettre. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, quand on interprète les lois de 1856 et de 1867 que, pour le législateur qui les a édictées, la règle générale, celle qu'il entendait formellement prescrire, c'était pour tous les actionnaires, souscripteurs ou porteurs ou même titulaires intermédiaires, l'obligation de libérer intégralement les titres dont ils avaient été les bénéficiaires, et l'impossibilité pour eux d'échapper à cette obligation. On doit donc considérer comme obligés tous ces différents actionnaires, lorsqu'une exception

formelle n'est pas faite en leur faveur, et non seulement cette exception n'a point été faite, mais nous avons vu au contraire que la loi comprenait formellement parmi les actionnaires tenus, malgré la vente de leurs titres, les actionnaires intermédiaires eux-mêmes.

Pour nous résumer, nous concluons donc que dans les trois situations, c'est-à-dire soit qu'il s'agisse du souscripteur ayant conservé ou aliéné ses actions, soit du titulaire actuel, soit enfin du cessionnaire intermédiaire, la responsabilité est la même, et que les ayants-droit peuvent s'adresser indifféremment à l'un quelconque de ceux qui figurent sur le registre des souscriptions ou des transferts.

C'est, du reste, ce que décide la jurisprudence. Voici, en effet, comment est conçu le sommaire de deux arrêts rapportés dans Sirey et émanant de la cour de Paris à la date du 2 juin 1876 ⁽¹⁾ :

« Le souscripteur d'actions d'une société anonyme qui a cédé ses actions à un tiers avant leur complète libération, demeure débiteur vis-à-vis de la société des sommes restant à verser sur ses actions, bien que la société ait eu connaissance de la cession par le transfert inscrit sur ses registres. La société ne saurait être réputée, par le seul effet du transfert, avoir renoncé à son droit d'exiger les versements complémentaires du souscripteur (1^{re} espèce).

« Dans ce cas le représentant de la société, le syndic après la faillite, peut demander les versements complémentaires soit au souscripteur, soit à son cessionnaire, soit au cessionnaire de celui-ci, soit à tous

(1) Sirey, 79.2.83.

ensemble, tous étant obligés solidairement au regard de la société. »

Voici en outre comment s'exprime Dalloz dans une note sous cassation, 13 janvier 1886 ⁽¹⁾ :

« Il est aujourd'hui de jurisprudence que les versements complémentaires à opérer sur les actions non entièrement libérées des sociétés anonymes peuvent être réclamés aux cessionnaires intermédiaires de ces actions » (Comp. Paris, 2 juin 1876, D. P. 78.2.134; Civ. cass., 24 juillet 1879 et la dissertation en note, D. P. 79.1.324; Req., 12 avril 1881, D. P. 81.1.433; 3 avril 1883, D. P. 84.1.101; Paris, 20 novembre 1883, D. P. 84.2.207; Lyon, 8 mai 1884, D. P. 84.2.219).

SECTION II.

Conditions auxquelles les actions peuvent être converties au porteur. Libération éventuelle des souscripteurs ou cessionnaires.

Tout d'abord nous avons à examiner quelles sont les conditions auxquelles est subordonnée la libération éventuelle des souscripteurs d'actions ou de leurs cessionnaires.

Ces conditions sont de deux ordres différents. Les unes se rapportent directement à la société elle-même, à sa constitution, à ses statuts, à la délibération qu'elle a dû prendre, au temps enfin qui s'est écoulé depuis cette délibération; elles intéressent l'ensemble

(1) Dalloz, 86.1.245.

des associés et produisent un effet unique à l'égard de tous : les autres concernent particulièrement chaque associé et sont exigées de chacun de ceux qui excipent de leur libération.

Les conditions qui forment la première catégorie sont au nombre de quatre :

1° Il faut que les statuts constitutifs de la société aient expressément prévu et autorisé la libération du souscripteur ou de son cessionnaire à la suite du paiement de la moitié seulement du montant de l'action.

2° Il faut que toutes les actions soient libérées de moitié.

3° Il faut que l'assemblée des actionnaires, le paiement de moitié ayant été préalablement effectué sur toutes les actions, donne son adhésion à la mise au porteur des actions et à la libération des actionnaires.

4° Il faut, enfin, que deux ans se soient écoulés depuis la délibération de l'assemblée pour que la libération ainsi votée produise son effet.

Quant aux conditions qui se rapportent exclusivement à l'actionnaire qui invoque sa libération, il n'y en a qu'une : il faut, dit-on, nous verrons plus tard ce qu'il faut en penser, qu'il justifie qu'il a aliéné son titre avant l'appel de fonds auquel il refuse d'obéir.

Nous allons successivement examiner ces diverses conditions avec les difficultés qu'elles soulèvent.

§ 1. *Première condition.*

Il faut que les statuts aient formellement prévu et autorisé la libération du souscripteur ou de son cessionnaire après paiement de moitié du montant de l'action.

Le motif de cette obligation, imposée aux sociétés pour pouvoir être admises au bénéfice de l'exception faite par l'article 3 à la rigueur du principe, est fort simple.

Ce que le législateur a eu en vue et a voulu protéger, lorsqu'il n'a pas craint de porter atteinte, dans ce but, à la liberté des conventions, c'est l'intérêt des tiers; c'est également, ajoute-t-on, et on en retrouve, en effet, la trace dans l'exposé des motifs qui se rapporte à notre article, l'intérêt de la société elle-même.

Or, il est nécessaire, pour que l'intérêt des tiers soit sauvegardé, qu'ils soient prévenus par avance de la faculté que la société s'est réservée de libérer chacun de ses membres après le paiement de la moitié seulement du capital social, réserve qui décèle suffisamment son intention probable d'opérer au moment opportun cette libération.

Ainsi les tiers sont avertis, s'ils traitent avec la société, ils savent que l'engagement des actionnaires se restreindra vraisemblablement à la moitié du capital social, que le recouvrement de l'autre moitié est ainsi soumis à des éventualités qu'ils peuvent apprécier.

N'en serait-il pas de même, pourrait-on dire cependant, si la société, sans inscrire cette réserve et sans

avoir besoin de révéler ainsi par avance son intention plus ou moins probable de dégager ses membres de l'obligation personnelle du surplus après le paiement de la moitié, opérait purement et simplement cette libération par une délibération prise par l'assemblée générale des actionnaires. Les tiers, en un mot, en seraient-ils moins avertis si cette faculté, au lieu d'être inscrite dans les statuts, l'était dans la loi elle-même?

Sans doute; mais n'est-il pas vrai de dire, comme nous le faisons il n'y a qu'un instant, qu'inscrire une semblable réserve dans les statuts, c'est appeler expressément l'attention des tiers sur cette clause qui les intéresse, que c'est, de plus, manifester l'intention que l'on a d'opérer, dès que le temps sera venu, la libération que l'on prévoit. Et, dès lors, si le tiers qui est sur le point de traiter est prudent, il devra considérer cette situation, quoique future, comme un événement certain et non plus comme une éventualité douteuse, et peser, en conséquence, le crédit de la société de laquelle il va recevoir l'engagement. En serait-il ainsi si cette faculté avait sa source exclusivement dans la loi, le tiers y prêterait-il d'abord la même attention, et, d'autre part, ne serait-il pas plus facile d'endormir sa vigilance et de lui faire croire qu'une pareille faculté restera lettre morte pour la société, qui, dans son intérêt même, refusera toujours de s'en servir.

Mais ce n'est pas tout, la société elle-même est intéressée à cette obligation rigoureuse que la loi lui impose; non pas la société qui veut user du bénéfice de l'article 3, mais celle, au contraire, qui ne veut pas s'en servir. Son crédit, en effet, lorsqu'elle aura refusé

d'inscrire cette clause dans ses statuts constitutifs, ne pourra plus être discuté, ou du moins il ne pourra lui être objecté que son capital social n'a qu'une existence problématique, sa réalisation dépendant du caprice ou de la fraude de ses associés eux-mêmes.

Les sociétés qui veulent recourir à la totalité de leur capital social et qui ont besoin, pour leur développement, d'un crédit en rapport avec l'importance de ce capital tout entier, ne peuvent donc que se féliciter de cette rigueur de la loi qui donne ainsi aux tiers, avec lesquels elle désire traiter, cette garantie qu'aucune assurance, aucune promesse ne pourrait leur donner au même degré, que le capital souscrit a une existence réelle et certaine.

On peut donc dire que cette exigence de la loi atteint ce double but, auquel elle tendait d'ailleurs, de protéger à la fois l'intérêt des tiers et le crédit des sociétés qui ne veulent pas avoir recours à la faculté de libération.

On l'a pourtant critiquée en disant que, dans le cas où la clause ne serait point insérée par omission, ou que postérieurement l'intérêt de la société exigerait la mise au porteur des actions avec les conséquences qui en découlent, la société se trouverait dans l'alternative également grave ou de se dissoudre pour se reconstituer, ou de renoncer au bénéfice de la loi. On ajoute que, pour parer à ces inconvénients, la clause de libération sera insérée dans tous les statuts, sans exception, où elle deviendra une clause de style; que, dès lors, il en sera de même que si elle émanait purement et simplement de la loi. Ces critiques sont-elles bien fondées? Nous ne le pensons pas.

Dans tous les cas, il faut bien remarquer qu'il n'est pas nécessaire de formuler cette clause dans les statuts constitutifs en termes sacramentels, il suffit, pour qu'elle produise tout son effet, que cette réserve soit insérée en termes suffisamment clairs.

Nous avons vu en quels termes fort simples et fort nets cette condition, imposée aux sociétés pour jouir de la faculté de libération, est formulée dans l'article 3, son application peut cependant soulever quelques difficultés qui, sans être très importantes, méritent cependant d'être signalées.

Il nous paraît bien évident que le remaniement, aussi étendu qu'il puisse être, des statuts de la société, ne pourra pas permettre d'y insérer la faculté de libération qui ne l'aurait point été dans les premiers statuts, la loi a pris soin, en effet, de le dire formellement : « il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société... » Aussi bien ce point ne semble pas devoir se prêter à une discussion quelconque, mais ce que l'on ne pourrait pas faire ainsi librement et directement, peut résulter de la force même des choses.

Ainsi une assemblée d'actionnaires, convoquée à cet effet extraordinairement, pourra voter la réduction du capital social, elle pourra, par exemple, le réduire de moitié, et si nous supposons que les actions sont à ce moment libérées de moitié, décider que cette réduction s'opérera par la réunion de deux actions en une seule, de telle sorte que les actions restantes se trouveront libérées.

A la vérité, on aura ainsi obtenu à la fois la libé-

ration complète des actions et surtout la décharge pour les actionnaires des versements qui restaient à effectuer. N'est-ce pas arriver ainsi à un résultat plus net et plus précis encore que celui que l'on aurait obtenu si l'on avait eu le soin d'inscrire, dans les statuts constitutifs, la réserve qui est exigée?

N'est-ce pas, d'un autre côté, soustraire à l'action des tiers le gage sur lequel ils avaient le droit de compter, c'est-à-dire le fonds social tout entier?

Et pourtant on ne peut pas nier qu'une telle délibération serait valablement prise et valablement exécutée.

Ce que l'on peut répondre, c'est qu'il est bien difficile, quand on édicte une prohibition, de fermer toutes les issues par lesquelles pourront passer ceux qui voudront enfreindre la loi.

§ 2. *Deuxième condition.*

Il faut que toutes les actions soient libérées de moitié.

Avant que l'assemblée générale des actionnaires puisse être convoquée et délibérer valablement sur la mise au porteur des actions, il faut qu'au préalable toutes les actions qui concourent à la formation du fonds social soient libérées de moitié. Il ne suffirait pas que la moitié du fonds social ait été versée dans les caisses de la société par suite de la libération intégrale d'un certain nombre d'actions, alors que d'autres restaient libérées du quart seulement, il faut que toutes les actions, sans exception, soient libérées de moitié.

Et cependant le texte n'a point paru assez formel pour empêcher la controverse et éviter les hésitations de la jurisprudence dans les premières applications de la loi.

On s'est demandé, en effet, si en interprétant mot pour mot le texte de l'article 3, on ne pourrait pas décider qu'il suffit qu'une action soit libérée de moitié, les autres conditions étant d'ailleurs remplies, pour que la conversion au porteur puisse avoir lieu, sans que le titulaire de cette action ainsi libérée ait à se préoccuper de la situation des autres actionnaires relativement à la libération de leurs actions. En un mot, s'il ne pourrait pas être pris une délibération (la délibération exigée par la loi) par laquelle il serait décidé que désormais les actions qui seront libérées de moitié pourront être transférées au porteur au fur et à mesure de leur libération ?

M. Vavasseur l'a soutenu. Voici du reste comment il s'exprime dans la première édition de son ouvrage sur les sociétés : « Après le vote de la conversion, dit-il, chacun des actionnaires qui aura libéré, ou qui libérera ses actions de moitié, aura le droit de se faire délivrer immédiatement des titres au porteur sans attendre que les autres actions soient libérées de la même manière. Il n'y a aucune raison sérieuse pour contraindre les diligents à subir la loi des retardataires. L'assemblée générale pourra d'ailleurs précéder aussi bien que suivre la libération de moitié. »

Il est vrai que dans l'édition de ce même commentaire parue en 1883, M. Vavasseur semble, en présence des contradictions dont il a été l'objet à la fois de la part des auteurs et de la jurisprudence, renoncer à son

système. « Nous avons dit, écrit-il, dans la précédente édition de ce traité, qu'après le vote de la conversion chacun des actionnaires qui aurait libéré ou libérerait ses actions de moitié aurait le droit de se faire délivrer immédiatement des titres au porteur sans attendre que les autres actions soient libérées de la même manière; l'assemblée générale aurait pu, dans ce système, précéder aussi bien que suivre la libération de moitié, mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire ⁽¹⁾. »

En 1879, en effet, un arrêt des plus importants rendu par la Cour de cassation, confirmant un arrêt de la cour de Paris, a condamné d'une manière absolue cette doctrine.

Il s'agissait, dans l'espèce, de poursuites intentées à divers actionnaires du Crédit rural de France par le syndic de cette société. Le tribunal de commerce appelé à statuer en premier ressort, avait à tort admis les prétentions des défendeurs, qui étaient conformes au système développé par M. Vavasseur.

L'arrêt de la cour de Paris infirmant ce jugement, et l'arrêt de la Cour de cassation confirmant cet arrêt, ont pour notre question, comme nous l'avons dit, une très grande importance, car d'une part ces deux arrêts ont été rendus avec un soin extrême et après les discussions les plus approfondies, et d'autre part ils ont été unanimement, croyons-nous, car les lignes que nous venons de citer paraissaient bien contenir l'abandon par M. Vavasseur de son opinion première, approuvés par la doctrine.

(1) M. Vavasseur, 3^e édit., n° 489, pag. 252.

En outre, ces arrêts venaient à un moment où la loi de 1867 déjà entrée dans une pratique suffisamment longue pour créer autour d'elle quelque expérience, et ayant déjà fait l'objet de l'étude approfondie et des critiques sérieuses de nos jurisconsultes, paraissait mûre pour recevoir une interprétation souveraine.

Les raisons dominantes qui avaient été le plus mises en lumière par les jurisconsultes qui combattaient le système exposé par M. Vavasseur étaient tirées du texte lui-même et surtout des explications qui avaient été fournies par le rapporteur de la loi et qui dans l'espèce éclairaient le texte de façon à faire cesser définitivement le doute.

Voici comment est conçu le § 1^{er} de l'article 3 :
« Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions, pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur. »

A la vérité, ce texte est-il aussi formel qu'on veut bien le dire et l'opinion que nous combattons ne pouvait-elle pas à la rigueur s'accommoder de ses termes ?

On pourrait le soutenir, mais il ne faut pas séparer ce texte du commentaire officiel qui l'accompagnait et qui lui donne le sens absolu que les arrêts, que nous venons de citer, ont définitivement consacré. Voici, en effet, comment s'exprimait le rapporteur de la commission à la Chambre des députés : « L'amendement de l'honorable M. Guillaumin, disait-il, donne à la prescription une durée de cinq ans au lieu de deux ans proposés par la Commission, mais, comme le Corps législatif le remarquera, le système de la commission fait intervenir un élément bien autrement

sérieux, c'est le vote de l'assemblée générale, juge de l'intérêt et des besoins de la société. La délibération attestera deux choses : *La première que la moitié du capital a été réellement versée*, la seconde que la société est dans une situation prospère (etc.). »

Les termes employés par le rapporteur précisent, on le voit, la question d'une façon très nette et ne permettent pas, à notre sens, à la controverse de s'exercer bien sérieusement.

On a, du reste, invoqué d'autres considérations, d'ordre moins strict, mais qui n'en ont pas moins leur valeur.

Avec le système de la mise au porteur, a-t-on dit, au fur et à mesure des libérations particulières, il n'y aurait plus, ce qui est contraire à l'essence des sociétés, d'égalité dans la situation des associés; les uns, en effet, seraient libérés des versements à faire sur leurs actions, tandis que les autres resteraient tenus indéfiniment. Il en serait ainsi, en cas de faillite par exemple, où l'on arriverait à ce résultat peu raisonnable que les souscripteurs qui auraient vendu leur titre avant le versement de moitié se trouveraient ainsi punis de la négligence de leurs cessionnaires soit à verser le second quart, soit à réclamer la mise au porteur de leur titre dans le cas où le versement du second quart aurait été effectué, tandis que d'autres actionnaires qui n'auraient pas rempli plus efficacement et plus complètement leur devoir vis-à-vis de la société, mais qui auraient été simplement plus diligents, se trouveraient absolument dégagés.

En outre, il en résulterait pour les tiers une véritable confusion. Comment savoir, en effet, si une

société est en possession ou non de la moitié de son capital social? Un certain nombre d'actions, libérées de moitié par certains souscripteurs, ont été mises au porteur, elles sont jetées dans la circulation. Ce seront vraisemblablement ces actions là, étant donnée la qualité de transmission qu'elles viennent d'acquérir, qui circuleront le plus. Cela ne suffira-t-il pas pour faire supposer aux tiers, étrangers à la société, que toutes les actions ou la grande majorité des actions ont été libérées de moitié et que par suite les fonds représentant cette libération existent en réalité dans la caisse de la société?

Voici, au surplus, comment s'exprimait devant la Cour de cassation M. le procureur général Bertaut, qui défendait avec énergie la doctrine consacrée par la cour de Paris : « Sur le premier point, il y a pour nous évidence, s'écriait-il, que chaque action nominative n'est pas convertissable en action au porteur dès qu'elle est libérée de moitié. Il faut que toutes les actions soient libérées de moitié pour que la conversion puisse être votée. D'une part, il importe que la condition de tous les actionnaires soit égale, que les uns ne soient pas enchaînés à l'action nominative quand les autres seraient maîtres de cacher leurs cessionnaires. D'autre part et surtout il importe que les tiers ne puissent pas être trompés, et si chaque action libérée de moitié pouvait être convertie en action au porteur, les tiers n'auraient pas la certitude s'ils sont en face d'une société solide à la tête d'un actif sérieux, ou si la société à laquelle ils ont affaire, ne compte que quelques sociétaires empressés de payer la moitié de leur dette pour se décharger du surplus. L'article 3

exige le versement par chaque actionnaire de la moitié du montant de son action, comme l'article 1^{er} exige le versement par chaque actionnaire du quart du montant de son action. Les deux articles sont l'expression de la même pensée. L'article 1^{er} éclaire et interprète l'article 3. »

Voici enfin les termes de l'arrêt de la Cour de cassation qui ne diffèrent que très peu de ceux de la cour de Paris :

« La Cour, — sur le moyen unique du pourvoi, — attendu qu'aux termes de l'article 1845 du Code civil, chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter; que tout actionnaire d'une société anonyme ou en commandite est, par conséquent, tenu, d'après le droit commun, d'acquitter le montant intégral des actions qui constituent son apport; que l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, admet à la vérité une exception à ce principe dans le cas où il a été stipulé par les statuts constitutifs de la société que les actions pourront, après avoir été libérées de moitié, être converties en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale, mais que cette exception doit être rigoureusement restreinte dans les termes qui l'établissent, et que plusieurs conditions sont indispensables pour qu'elle reçoive son application; qu'il faut notamment : premièrement, que toutes les actions de la société soient libérées de moitié, et secondement que leur conversion ait été autorisée par l'assemblée générale. — Qu'il ressort du texte même de la loi que la délibération de l'assemblée ne peut pas précéder la libération de la moitié des actions, puisqu'il dispose que c'est après avoir été libé-

rées de moitié que les actions pourront être converties ; que lors de la discussion du projet de loi à la Chambre des députés, le rapporteur de la commission a d'ailleurs indiqué la portée et le but de la disposition dont il s'agit en déclarant que la délibération de l'assemblée générale attesterait tout à la fois que la moitié du capital social avait été réellement versée et que la société était dans une situation prospère (etc.) ⁽¹⁾. »

La jurisprudence consacrée par cet arrêt a toujours été suivie depuis. Elle est, du reste, conforme à l'opinion générale de la doctrine.

Après cette discussion, il est inutile d'ajouter que le résultat serait le même dans le cas où, par suite de libérations intégrales opérées par certains actionnaires, il arriverait qu'en fait la moitié ou plus de la moitié du fonds social aurait été effectivement versée dans les caisses de la société, alors qu'un certain nombre d'actions ne sont pourtant encore libérées que du quart. L'assemblée générale ne pourrait, dans ce cas, en aucune manière, autoriser la mise au porteur. Ce qui est nécessaire, ce que la loi exige et la discussion à laquelle nous venons de nous livrer le démontre suffisamment, c'est que toutes les actions, toutes sans exception, soient libérées de moitié.

(1) Cette solution est approuvée par M. Beudant. Voir sa note sous l'arrêt, Dalloz, 79.1.321.

Conformes : Pont, n° 916 ; Lyon-Caen et Renault, n° 430.

§ 3. *Troisième condition.*

Il faut que l'assemblée générale des actionnaires autorise la mise au porteur des actions.

Ce n'est point assez que les statuts constitutifs aient prévu la mise au porteur des actions après le paiement de moitié, et que le paiement de moitié ait eu lieu, il faut encore que l'assemblée générale des actionnaires approuve cette mesure et l'autorise. « Il peut être stipulé, dit la loi, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par *délibération de l'assemblée générale.* »

Cette troisième condition imposée pour la mise au porteur des actions a donné lieu à de sérieuses difficultés.

Tout d'abord il est bien évident que l'assemblée, ainsi convoquée pour délibérer sur l'opportunité de la mesure qui lui est proposée, à savoir la mise au porteur des actions, aura la faculté de trancher la question dans le sens qu'elle croira le plus compatible avec l'intérêt de la société, et que sa décision fixera le sort à venir des actionnaires relativement au maintien ou à la remise de leur engagement. Et cependant on a essayé de soutenir le contraire et de prétendre que, l'assemblée ayant été convoquée et ayant délibéré, son vote importait peu, que par cela même qu'elle avait délibéré, chaque actionnaire, si d'ailleurs les autres conditions étaient remplies, pouvait désormais exciper de

sa libération. La clause insérée aux statuts, disait-on, était suffisante pour produire ce résultat, le texte, du reste, ne dit-il pas : « Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, etc. »

Une semblable opinion nous paraît absolument insoutenable. Il n'est pas possible, en effet, de penser que le législateur ait pu avoir l'idée de faire jouer à une assemblée un rôle aussi ridicule. Du reste, pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher du paragraphe dont on se prévaut, le paragraphe précédent et le commentaire qui en a été fait par le rapporteur même de la loi. Ce paragraphe dit en effet textuellement : « Les actions ou coupons d'actions pourront être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. » C'est donc la délibération même de l'assemblée qui, si elle est favorable, produit directement la conversion, et non point la clause insérée dans les statuts : qui par elle-même est absolument inefficace et n'a d'autre but que de servir d'avertissement pour les tiers que lorsque le versement de moitié sera opéré, la société aura le droit de convertir ses actions et par suite de dégager ses membres de l'obligation personnelle du surplus. Et le rapporteur, à propos de cette délibération, s'exprime ainsi : « Le système de la commission fait intervenir un élément bien autrement sérieux : c'est le vote de l'assemblée générale, juge de l'intérêt et des besoins de la société. La délibération attestera deux choses : la première que la moitié du capital a été réellement versée, la seconde que la société est dans une situation prospère, car, sans cela, *comment viendrait-elle dégager les souscripteurs pri-*

mitifs ou leurs cessionnaires après un délai de deux ans. »

La raison de cette exigence de la loi qui veut que la conversion soit autorisée par la majorité des actionnaires, et qu'elle ne le soit qu'à un moment donné, c'est-à-dire après la libération de moitié, est d'ailleurs fort simple. A ce moment, en effet, la société n'est déjà plus entre les mains de ses fondateurs, elle est entre les mains des capitalistes sérieux qui sont devenus les associés de l'entreprise pour l'entreprise elle-même avec la pensée de la conduire ou de l'aider de leurs capitaux dans la voie qu'elle s'est tracée, de capitalistes qui ont fait un placement de fonds, et un placement sérieux, et non point une pure spéculation sur les actions, qui dès lors apporteront dans la délibération à prendre un plus grand souci des intérêts mêmes de la société, qui désireux de lui voir atteindre un bon résultat, et disposés, quant à eux, à remplir, dans ce but, les engagements qu'ils ont loyalement pris, seront d'autant plus difficiles pour renoncer à l'obligation qui lie les autres, et ne le feront que lorsque l'intérêt social n'aura pas à en souffrir. De plus, la société ayant fonctionné depuis un certain temps, ayant en outre reçu la moitié de son fonds social, jouira déjà d'un crédit qui lui permettra de procéder sans inconvénient à la mise au porteur de ses titres.

C'est pour ces mêmes motifs que l'on considère comme contraire à la loi le fait par une société d'émettre, dès sa constitution, des actions au porteur, alors même que ces actions seraient libérées de moitié, on considère en effet que cette mise au porteur sera l'œuvre exclusive des fondateurs, que ceux-ci en cons-

tituant la société, n'auront peut-être voulu faire qu'une œuvre de spéculation et qu'empressés de passer au public les actions d'apport ou de fondateurs obtenues en retour d'apports illusoires, ils n'auront en vue que l'affranchissement le plus rapide possible de leur responsabilité; que c'est précisément ce que la loi, par cette obligation d'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires, précédant la mise au porteur, a voulu empêcher.

Une délibération est donc nécessaire, et il est indispensable que cette délibération approuve la conversion. Si la conversion est repoussée par l'assemblée, les actions restent soumises aux mêmes règles que si l'assemblée n'avait point été convoquée ou même que si les statuts constitutifs n'avaient point prévu la mise au porteur, c'est-à-dire que les actions restent nominatives jusqu'à leur entière libération avec les obligations et les responsabilités que nous avons déjà indiquées ⁽¹⁾.

Une opinion plus singulière encore que celle que nous venons d'analyser s'est produite et mérite d'être signalée, ne serait-ce que pour son originalité.

Nous savons que pour que l'assemblée des action-

(1) Conformes : Pont, n° 945; Lyon-Caen et Renault, pag. 224. Citons encore M. Rataud qui fixe, en quelques lignes très nettes, le sens de notre article 3 sur ce point spécial : « Le législateur, dit l'éminent professeur, a sous-entendu ces deux principes, que le souscripteur est tenu personnellement au versement intégral du montant de son action, et que l'action doit rester nominative jusqu'à complète libération, et il n'a voulu y déroger que si, conformément aux statuts, l'assemblée a autorisé la conversion au porteur des titres libérés de moitié. C'est dans ce cas seulement d'une décision favorable de l'assemblée, que le souscripteur et ses cessionnaires seraient libérés deux ans après la délibération. Autrement, je ne comprendrais pas l'intérêt de cette délibération, ni l'utilité

naires puisse décider la libération des souscripteurs, il est indispensable que les statuts constitutifs aient prévu le cas et aient autorisé par avance la société à procéder par une décision de l'assemblée des actionnaires à cette conversion des actions.

Un savant auteur, M. Rivière, ne considère pas cette condition comme tellement nécessaire et professe que, alors même que les statuts seraient restés muets sur la conversion, une assemblée pourrait être convoquée et délibérer sur la question, que la date de sa délibération servirait alors de point de départ à la prescription de deux ans qui doit amener la libération des actionnaires.

M. Rivière se doute bien que des objections nombreuses seront faites à son système et il cherche à les réfuter par avance : « Quelle que soit la valeur de ces objections, écrit-il, il nous semble que, même dans le silence des statuts, il a été dans l'intention du législateur de libérer, après un certain temps, le souscripteur qui cède son action et de ne pas le laisser indéfiniment exposé à des recherches et à des poursuites.

qu'il pourrait y avoir à imposer la forme nominative à des titres, alors que l'obligation personnelle aurait été éteinte et que l'action seule serait tenue. Je pense donc que les premiers mots du second paragraphe de l'article 3, « soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, » ne signifient pas : quelle que soit la délibération de l'assemblée, quoique l'honorable rapporteur de la loi ait paru leur donner ce sens dans le passage d'un discours rapporté par M. Rivière, pag. 68. Suivant moi, on doit paraphraser ainsi les expressions de la loi : « Lorsque l'assemblée a autorisé la conversion des actions au porteur, qu'il ait été profité ou non de cette faculté » (*Revue critique*, tom. XXXII, p. 382).

« Il est vrai que l'assemblée n'a pas à délibérer ici pour savoir si l'action restera nominative ou si elle sera convertie au porteur puisque les statuts sont muets. Le point de départ fait donc défaut pour la prescription de deux ans.

« Mais rien ne s'oppose à ce que l'assemblée se réunisse et vu le silence des statuts, les actions doivent demeurer nominatives et ces deux ans commenceront à courir depuis cette délibération (1). »

Il y a là une véritable confusion. Les actions resteront nominatives, mais les actionnaires seront libérés. Or, il est de toute évidence que dans la pensée du législateur, la mise au porteur des actions et la libération du souscripteur n'étaient qu'une même chose et qu'il employait indifféremment ces deux termes l'un pour l'autre. Comment admettre, en effet, que d'un côté la loi refuserait à l'assemblée le droit de convertir les actions au porteur, alors qu'elle lui permettrait de libérer les actionnaires. Cette anomalie est impossible et l'opinion qui la suppose ne peut s'appuyer sur aucun argument sérieux. C'est en vain que M. Rivière essaie de considérer cette dernière situation comme différente de la mise au porteur des actions, et soutient, contre toute évidence, que la loi n'ayant pas prévu ce cas, il peut être réglé en dehors même des conditions qu'elle a imposées pour

(1) Rivière, *Sociétés*, pag. 277. Il est vrai que dans l'édition la plus récente de ses *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, M. Rivière dit, dans une note (pag. 97), à propos de l'article 3 : Une étude approfondie de ce texte et les observations des auteurs nous ont conduit à modifier profondément l'interprétation que nous en avons donnée dans notre *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867* et dans la précédente édition de nos *Répétitions*.

la conversion au porteur. Mais alors pourquoi la prescription de deux ans à laquelle M. Rivière veut bien se soumettre, alors que cette prescription, dans le texte même de la loi, ne peut courir qu'à partir de la délibération qu'elle vient de prévoir et à laquelle elle vient d'imposer, comme condition pour pouvoir être valablement prise, l'autorisation même inscrite dans les statuts constitutifs.

Au surplus, cette assemblée sur quoi sera-t-elle appelée à délibérer, puisqu'elle ne délibérera pas sur la conversion?

Il faut bien convenir que tout cela est purement arbitraire et qu'on a peine à imaginer qu'un auteur aussi considérable ait pu construire un pareil système.

Nous devons ajouter, d'ailleurs, qu'il n'a été suivi par aucun auteur, qu'il n'a même pour ainsi dire point été discuté⁽¹⁾.

La loi ne prévoit pas comment doit être formée l'assemblée générale qui sera appelée à décider de la conversion des actions nominatives en actions au porteur. Que faut-il penser à cet égard?

Évidemment, on ne peut procéder que par voie d'analogie.

Il faut reconnaître, toutefois, que l'analogie est assez difficile à saisir.

Faudra-t-il, comme pour les assemblées qui suivent la constitution de la société et qui sont appelées à apprécier les apports, à vérifier la sincérité de la déclai-

(1) Cependant contre M. Vavasseur, *Sociétés*, 3^e édit., pag. 266.

ration des fondateurs au sujet du versement du quart, et à nommer les premiers administrateurs, que la moitié du capital social soit représentée, et tout actionnaire, quel que soit le nombre de ces actions, pourra-t-il en faire partie?

L'article 30, qui prévoit ce cas, ne semble pas applicable à notre espèce, car il énumère d'une façon qui paraît limitative les cas dans lesquels on devra avoir recours à une assemblée ainsi composée.

L'article 31, qui prévoit d'ailleurs une assemblée formée dans les mêmes conditions, semble, au premier abord, s'en rapprocher davantage, il s'applique, en effet, à une série de décisions qui représentent pour la société un intérêt essentiel, telles qu'une modification aux statuts, une prorogation de durée de la société, ou, au contraire, une dissolution.

Or, ne peut-on pas dire que la mise au porteur non seulement est une mesure d'un intérêt exceptionnel de nature à justifier la convocation d'une assemblée extraordinaire, à laquelle tout actionnaire pourra prendre part, et dans laquelle la moitié au moins du capital sera représenté, afin que la décision prise, qui intéresse à un haut degré les actionnaires, ne puisse l'être qu'à une majorité sérieuse, mais même qu'elle apporte une véritable modification aux statuts.

Que la règle des statuts est, en effet, que l'action est nominative et qu'elle restera telle jusqu'à complète libération, sauf si l'assemblée des actionnaires la modifie en votant la conversion; que ce vote apporte donc une modification à la règle des statuts; que la clause insérée et qui prévoit la possibilité de la conversion ne modifie pas ce résultat.

On pourrait le soutenir. Cependant, nous pensons qu'il n'y a pas là, en réalité, une modification aux statuts; que, d'autre part, l'article 31, comme l'article 30, est limitatif, et, qu'étant donnés les termes de l'article 29, qui entend comprendre tous les cas autres que ceux expressément prévus par les articles que nous venons de citer, c'est à ce dernier que nous devons nous référer : « Les assemblées générales, dit en effet l'article 29, qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. »

Il sera donc possible, nous le croyons, du moins, de faire voter la conversion par une assemblée composée seulement d'actionnaires ayant le nombre d'actions voulu par les statuts et représentant seulement le quart du capital social.

Notons, en terminant sur ce point, que la décision de l'assemblée, autorisant la conversion au porteur des actions nominatives, n'a pas pour effet de contraindre les actionnaires, qui veulent conserver leurs actions nominatives, à en faire opérer le transfert, que cette opération reste facultative, et que la libération, qui découle du vote de conversion, n'en profite pas moins à tous les actionnaires sans exception, soit qu'ils aient opéré la conversion, soit que les actions, dont ils étaient porteurs, soient restées nominatives, c'est ce que veut dire, *et uniquement*, ce passage de l'article 3 qui a déjà servi à édifier plusieurs systèmes que nous avons combattus et qui est ainsi conçu : « Soit que les actions restent nominatives après cette

libération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, etc.⁽¹⁾. »

§ 4. *Quatrième condition.*

Il faut qu'un délai de deux ans se soit écoulé depuis la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion.

Les effets du vote autorisant la conversion, et que nous allons analyser dans un instant, ne se produisent pas, du moins à l'égard de certaines catégories d'actionnaires, immédiatement. Il faut qu'un délai de deux années se soit écoulé depuis le jour de la délibération.

Ce délai de deux ans, qui paraît un peu arbitraire au premier abord, nous en connaissons le fondement, c'est le résultat de la conciliation intervenue entre les différents projets soumis au Corps législatif et les opinions diverses qui se manifestaient dans la Chambre. Il était destiné à garantir les tiers contre une mise au porteur intempestive, sinon frauduleuse qui, si elle avait produit l'effet immédiat de libération qu'elle

(1) Conforme, M. Labbé, note sous l'arrêt de la cour de Paris, du 17 août 1878, S. 79.2.36.

« Un point à nos yeux certain, écrit le savant professeur, c'est que cette situation est la même, que la conversion autorisée ait eu lieu ou non. Une inégalité entre les actionnaires, selon qu'ils usent ou non de la faculté à eux octroyée, serait une anomalie que la loi n'établit pas et semble plutôt repousser par ces mots : « soit que les actions aient été converties ou non. » La volonté arbitraire de l'actionnaire ne doit pas modifier ses relations avec la société dont il est membre. La condition de l'actionnaire qui n'use pas de la faculté d'avoir une action au porteur, ne doit pas être pire que celle de l'actionnaire qui s'empresse d'en profiter. Dans un cas comme dans l'autre, l'effet produit par la libération est, disons-nous, le même à l'égard de tous. »

ne produit que plus tard, aurait pu être faite au moment où, la ruine étant imminente, les souscripteurs ou actionnaires n'auraient plus eu qu'une pensée, celle de se soustraire aux conséquences de l'engagement qu'ils avaient pris de libérer leurs actions. On a pensé, et non sans raison, qu'en reculant de deux années l'effet du vote de conversion, au point de vue de la libération des actionnaires, il y avait des chances sérieuses d'éviter ces résultats que l'on redoutait, que la prévision, à une aussi grande distance de la ruine de la société, serait, en effet, chose difficile, et qu'au surplus les tiers, ainsi avertis, auraient devant eux un temps largement suffisant pour prendre les précautions utiles à la sauvegarde de leurs intérêts.

La date à partir de laquelle court ce délai de deux années n'est pas, bien entendu, celle de la libération de moitié de la totalité des actions, mais bien celle de la délibération même de l'assemblée qui constate officiellement cette libération et autorise la conversion au porteur. La loi a pris soin de le dire en termes exprès : « Pendant un délai de deux années, à partir de la délibération de l'assemblée générale. »

Quelle est la nature de ce délai?

Est-ce bien une prescription? Cette expression, en effet, a été fort employée dans la discussion de la loi et même depuis; il est donc peut-être intéressant de s'y arrêter, ne serait-ce qu'un instant.

A vrai dire, c'est plutôt un terme, car une prescription a pour but de faire acquérir, au moyen du temps, la propriété d'une chose qui appartient à autrui, ou de libérer d'une action à laquelle on est astreint.

Dans l'espèce, il n'en est point de même; ce n'est pas, à proprement parler, en effet, le temps écoulé depuis la délibération de l'assemblée générale qui produit la libération, c'est la délibération elle-même; dès cet instant, le souscripteur est en principe libéré, et le délai de deux ans inscrit dans la loi retarde seulement l'effet de cette libération.

Ce n'est donc pas une prescription, au sens juridique du mot. C'est tout simplement un délai, pendant lequel le résultat produit par le vote de conversion, reste en suspens. C'est une modalité *sui generis* imposée par le législateur, dans le but de restreindre la faculté qu'il accordait à l'assemblée générale, de délier le souscripteur de son engagement.

Maintenant, y a-t-il un intérêt pratique à faire cette distinction? Cet intérêt, s'il existe, porterait évidemment sur le point de savoir si ce délai, étant une prescription, cette prescription pourrait être interrompue à l'encontre de l'actionnaire, et par quels actes, ceux par exemple énumérés par l'article 2244 du Code civil? Mais il paraît certain qu'il ne saurait en être ainsi, et qu'aucun acte interruptif ne pourrait venir modifier la situation de l'actionnaire qui résulte, comme nous venons de le dire, non point du bénéfice du temps, mais de la délibération même de l'assemblée générale : seuls, l'appel de fonds ou la faillite, intervenus avant que le délai de deux ans soit expiré, peuvent anéantir le résultat du vote de conversion.

En dehors de cet intérêt précis, le résultat pratique nous paraît bien devoir rester le même. Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'il vaut mieux éviter de se servir d'une expression qui, n'étant plus employée avec son

sens exact, peut amener dans l'esprit une certaine confusion.

§ 5. *Dernière question relative aux conditions auxquelles est subordonnée la libération des souscripteurs ou cessionnaires.*

Faut-il que l'actionnaire, qui excipe de sa libération, ait vendu son titre ?

Cette dernière question, qui contiendrait une condition inhérente, non plus à la société elle-même, mais à l'actionnaire pris isolément, soulève une des difficultés les plus graves de notre matière.

Faut-il, pour que le souscripteur, ou le cessionnaire peu importe, puisse être appelé au bénéfice de la libération, prévu par l'article 3, qu'il ait vendu son titre⁽¹⁾? Ou bien, l'effet du vote de conversion ayant une étendue bien autrement considérable, cette circonstance est-elle inutile, et tous les actionnaires indifféremment sont-ils désormais dégagés, après la prescription de

(1) Il est à remarquer que si, dans le système de la jurisprudence, le porteur de l'action, au moment de l'appel de fonds, est tenu tout comme le souscripteur lui-même, ce n'est point pour la même cause. S'il s'agit du souscripteur, en effet, c'est en vertu de son engagement même, pris directement à l'égard de la société, de libérer l'action par lui souscrite, qu'il est tenu; au contraire, le propriétaire de l'action au moment de l'appel de fonds, alors qu'il s'agit d'une action au porteur, ne saurait être tenu au même titre; aussi, la jurisprudence décide-t-elle qu'il est tenu, non pas en vertu d'un engagement personnel, il n'en a pris aucun, en effet, mais en sa qualité d'associé. Bien que le résultat ne diffère point en fait, cette distinction ne doit cependant point être perdue de vue, car elle explique comment le dernier porteur reste obligé à l'égard de la société, alors que les porteurs intermédiaires sont, au contraire, complètement déchargés.

deux ans toutefois pour certains, le titre seul devant, à l'avenir, répondre des versements restant à effectuer?

Cette question, qui a trouvé la jurisprudence hésitante au premier abord, a été de la part de la doctrine l'objet d'une vive et tenace controverse.

Si même la jurisprudence est aujourd'hui très nettement et très fermement fixée dans le sens de la nécessité de l'aliénation du titre, elle n'est point parvenue toutefois à rallier la doctrine qui est restée au contraire, je parle de l'opinion la plus répandue, l'adversaire résolu de l'opinion qui a prévalu.

Quant à nous, quel qu'ait été notre désir de n'apporter, au cours de ce travail, que des opinions arrêtées et raisonnées, et quelques efforts que nous ayons faits pour arriver à prendre définitivement parti dans la discussion présente, nous n'avons pu y parvenir complètement. Ce n'est point que nous ne nous soyons arrêté à maintes reprises, et d'une façon qui nous paraissait définitive, à l'une ou l'autre des opinions mises en présence, mais, pourquoi ne l'avouerions-nous pas, au fur et à mesure que nous étudions de plus près l'opinion contraire pour la combattre, elle nous apparaissait comme plus exacte, tandis que celle que nous défendions diminuait de force à nos yeux, si bien que plus nous avançons dans l'étude de cette difficile question, plus elle nous apparaissait incertaine et insoluble.

Incompréhensible dans son texte, si bien qu'aucune des opinions mises en avant ne peut cadrer exactement avec ses termes, cette disposition de la loi peut-elle être réellement éclairée par la discussion qui a précédé sa

rédaction définitive, à tel point, qu'après une investigation lente et minutieuse à travers les travaux préparatoires, on puisse arriver à un résultat certain ou même probable? Nous ne le croyons pas. Les travaux préparatoires, en effet, chacun de ceux qui ont commenté le passage de l'article 3 que nous ne pouvons interpréter, et qui ont adopté un système, les ont tour à tour invoqués avec une égale force, et il n'est pas jusqu'aux mêmes phrases qui n'aient été reproduites à l'appui des deux opinions les plus opposées. C'est ainsi que les auteurs des divers amendements et le rapporteur de la loi, l'honorable M. Mathieu, ont été cités et revendiqués dans tous les camps, et il n'est pas jusqu'au commissaire du gouvernement, M. Duvergier, auquel on n'ait point prêté, et de chaque côté comme un argument triomphant, les deux sentiments les plus contraires sur cette même question ⁽¹⁾.

La vérité, c'est que si la rédaction a été plus qu'im-

(1) M. Duvergier, dans sa *Collection des lois et décrets* (année 1867, p. 257), déclare formellement que le bénéfice de l'article 3 consiste dans la libération, moyennant certaines conditions imposées, *de l'obligation de garantie* qui incombe aux souscripteurs ou à leurs cessionnaires *qui ont eux-mêmes vendu*.

Or, M. Beudant, dans une note sous cassation (D. P. 79.1.327), répond ainsi à l'argument qui en avait été tiré par l'honorable conseiller-rapporteur :

« Quant à l'opinion attribuée à M. Duvergier, elle n'a pas, pour deux raisons, l'importance qu'on pourrait croire. D'abord, M. Mathieu qui, comme rapporteur de la commission, a pris une part non moins grande à la discussion de la loi, est d'un avis absolument opposé. Il énonce la solution adoptée par le tribunal de commerce sans la justifier autrement et comme allant de soi. Ensuite, une circonstance personnelle me permet d'affirmer que M. Duvergier, loin d'être sur ce point en désaccord avec M. Mathieu, pensait absolument comme lui; si la note indiquée fait supposer le contraire, cela ne prouve qu'une chose, d'ailleurs vraisemblable, c'est que M. Du-

parfaite et si les termes de cette partie de l'article 3 sont restés indéchiffrables, c'est que la discussion elle-même a été obscure et ténébreuse, peut-être même la rédaction proposée n'a-t-elle point été comprise et interprétée dans le même sens par les divers membres du Corps législatif qui l'ont votée. C'est ainsi que certains partisans du système de la jurisprudence, c'est-à-dire du système qui exige, pour la décharge du souscripteur, l'aliénation de son titre, répliquent aux partisans du système plus libéral qui repousse cette condition : comment votre système, qui est l'antithèse même de la loi de 1856, aurait-il jamais été voté par le groupe qui avait repris, à titre d'amendement au projet, le texte même de la loi de 1856, et cependant ce groupe a voté l'article 3 ? L'argument peut avoir sa valeur, mais qu'est-ce qui prouve que les membres qui composaient ce groupe n'ont pas donné à la rédaction bizarre qu'on leur proposait, le sens restreint qui était dans leur esprit, alors que la plupart des autres mem-

vergier ne rédigeait pas lui-même toutes les notes de la *Collection des lois*, dont il était le directeur. A la fin de 1867, j'eus l'honneur de rencontrer M. Duvergier chez mon éminent et regretté collègue, M. Valette. Les deux savants jurisconsultes causaient de la loi, alors toute récente, du 24 juillet, et particulièrement de l'article 3, et M. Duvergier reconnut sans hésitation que le Corps législatif avait entendu, en votant l'article 3 dans sa rédaction dernière, adopter le système proposé par la commission. »

Et M. Beudant ajoute, qu'à l'objection qui lui était faite par M. Valette que le texte ne visait que « les souscripteurs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées, » M. Duvergier aurait répondu que pour comprendre la rédaction définitive de l'article 3, il fallait accepter certaines habitudes de langage qui, quoique non juridiques, avaient été adoptées dans le cours des débats. Qu'ainsi dans le langage, sinon dans la pensée des membres de la commission et de la Chambre, voter la conversion, c'était voter la libération.

bres qui ont voté cette disposition, lui donnaient le sens large que nombre d'interprètes lui ont prêté? La confusion était en effet bien facile, et l'on n'est pas médiocrement surpris, à la lecture des documents officiels qui se rapportent à cette discussion, de voir jusqu'à quel point le souci des termes exacts était peu répandu. C'est ce qui explique comment il se fait qu'on puisse aujourd'hui invoquer, avec une chance égale dans toutes les opinions, les mêmes discours, voire les mêmes phrases; les mêmes expressions ayant été employées tour à tour avec un sens plus ou moins large, sinon différent. — M. Duvergier, au rapport de M. Beudant, n'a-t-il pas soutenu que la mise au porteur des actions ou la décharge du souscripteur étaient dans l'esprit de la Chambre, au moment de la discussion de la loi, deux termes équipollents⁽¹⁾. Or, si l'on avait la certitude qu'il en a bien été ainsi, quel argument en faveur des partisans de la décharge des souscripteurs sans la condition de la cession du titre! Mais quelle garantie peut apporter à l'interprète M. Duvergier que l'expression, que nous venons de citer, avait bien dans la bouche ou dans la pensée de chacun des députés la même portée? Une telle affirmation n'est certes pas sans quelque valeur, puisqu'elle reflète l'opinion d'un jurisconsulte des plus éclairés, ayant dans l'espèce le mérite particulier d'avoir pris une part active à la confection de la loi, mais est-elle de nature à faire faire à la discussion un pas aussi décisif? Non sans doute.

Nous pensons donc qu'il n'est pas possible de don-

(1) Voir la note page 187.

ner à cette disposition de la loi, même en s'éclairant de tous les documents qui l'ont précédée, une interprétation qui laisse l'esprit qui l'adopte, sans préoccupation et sans regret.

Quoi qu'il en soit, nous allons l'examiner, et en étudiant les solutions proposées, indiquer les arguments qui ont été de part et d'autre invoqués.

Deux systèmes sont en présence, on pourrait même dire trois, mais en réalité le troisième système ne paraît pas se présenter d'une façon bien sérieuse, et c'est à peine s'il est discuté. Nous le mentionnerons cependant.

Le premier système, ou l'un des systèmes, comme on voudra, peut être appelé le système de la jurisprudence et l'autre le système de la doctrine, car il est remarquable que, sur cette grave question, qui présente un intérêt pratique considérable, une scission presque absolue s'est opérée entre ces deux interprètes autorisés de la loi.

Pour la jurisprudence, l'aliénation du titre est nécessaire, ce n'est qu'à cette condition que le souscripteur ou son cessionnaire peuvent invoquer le bénéfice de l'article 3.

Pour la doctrine, au contraire, et nous parlons de la très grande majorité des auteurs, il importe peu que le souscripteur ait aliéné son titre ou qu'il l'ait conservé, il suffit que les conditions, que nous avons précédemment énumérées, soient remplies pour que toute obligation personnelle disparaisse et qu'il soit entièrement déchargé.

Tels sont en deux mots les deux systèmes princi-

paux, les seuls importants. Voyons maintenant de quelle manière ces deux opinions se sont fait jour, et comment elles se sont formulées.

Par un premier arrêt, qui porte la date du 16 mai 1878, la cour de Paris avait décidé que la délibération de l'assemblée générale, autorisant la conversion au porteur, avait pour effet de libérer, après un délai de deux ans, tous les actionnaires sans exception, même les souscripteurs primitifs. Dans le système de cet arrêt, l'action seule restait désormais débitrice et son détenteur pouvait échapper aux versements à effectuer par le simple fait du délaissement.

Voici, d'ailleurs, les termes mêmes de cet arrêt ou plutôt du jugement du tribunal de commerce de la Seine, confirmé par la cour avec adoption de motifs.

Attendu qu'aux termes de la loi de 1867, les actions libérées de moitié peuvent être transformées en actions au porteur après délibération de l'assemblée générale, et que, dans ce cas, les souscripteurs primitifs comme les cessionnaires successifs et les porteurs actuels des actions sont seulement obligés pendant une période de deux ans, à compléter les versements afférents à leurs actions. Attendu que l'assemblée générale de la compagnie approuvant les statuts dans lesquels cette disposition de la loi a été insérée, est en date du 4 janvier 1872; qu'en conséquence, la prescription a été acquise le 4 janvier 1874; qu'à partir de cette époque les actionnaires en retard du paiement de leurs actions ont eu l'option, soit de renoncer au bénéfice desdites actions, soit de faire les versements complémentaires; qu'en conséquence, il en ressort que la compagnie de Seine-et-Marne ne peut avoir aujourd'hui d'autre droit contre les actionnaires en retard que de réaliser leurs actions (1).

(1) Sirey, 79.2.41.

Moins de trois mois après, le 17 août 1878, la même cour rendait un nouvel arrêt qui renversait cette théorie, et imposait, comme condition essentielle de la libération, la cession du titre. En voici les passages essentiels :

Considérant qu'au milieu des différents systèmes qui ont été proposés au Corps législatif, et à travers les embarras d'une discussion prolongée, on parvient néanmoins, en s'attachant à la rédaction définitive, à dégager le véritable sens de la loi; qu'elle a pour objet, non d'autoriser l'assemblée générale à réduire de moitié le capital social en exonérant du surplus tout souscripteur, cessionnaire ou porteur qui a payé une première moitié de ses actions, mais seulement de permettre à chaque associé, souscripteur primitif ou cessionnaire de sortir de la société et de retirer les fonds qu'il a engagés en cédant ses actions, sans rester indéfiniment obligé à en payer le montant; qu'elle ne veut pas cependant, ainsi que l'a expliqué le rapporteur « que les souscripteurs primitifs ou les cessionnaires qu'ils se seraient substitués aient la faculté pure et simple de se dégager en se donnant sans garantie aucune un cessionnaire insolvable et inconnu de la société; » qu'elle dispose donc pour le cas d'une transmission, faite d'ailleurs sans fraude et de bonne foi, avant le versement de moitié et le vote de conversion, que soit que les actions soient restées nominatives ou qu'elles aient été converties en actions au porteur, ces souscripteurs primitifs ou cessionnaires demeurent tenus, nonobstant le transport qu'ils en ont fait à d'autres, du paiement du montant et non de la moitié seulement de leurs actions, non pas indéfiniment mais seulement pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale; qu'ils ne sont ainsi libérés de leur engagement personnel que sous la double condition qu'ils se sont eux-mêmes dessaisis de leurs actions par un transport et que, deux années se soient écoulées depuis le vote de conversion.....

Cet arrêt était d'ailleurs confirmé par la Cour de cassation dans une décision dont voici les termes ⁽¹⁾ :

Attendu que l'article 1845, Code civil, dispose que chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter, et que par application de ce principe, tout actionnaire d'une société anonyme ou en commandite est tenu d'acquitter le montant des actions qui constituent son apport; que l'article 3 de la loi du 27 juillet 1867 déroge à la vérité, pour le cas spécial qu'il prévoit à cette règle générale; mais qu'il ressort des termes mêmes dans lesquels il est conçu que la faveur exceptionnelle qu'il accorde s'applique exclusivement aux souscripteurs primitifs et à leurs cessionnaires qui ont aliéné leurs actions et qu'elle ne saurait être étendue à ceux qui ont conservé leurs titres; que la discussion qui a précédé le vote de cet article à la Chambre des députés ne laisse d'ailleurs aucun doute sur son but et sa portée véritables; qu'il a pour objet, non d'autoriser l'assemblée générale à réduire le capital social en dispensant tout souscripteur ou cessionnaire qui a payé une moitié de ses actions d'en acquitter le surplus, mais seulement de permettre, sous les conditions qu'il détermine, à chaque souscripteur primitif ou cessionnaire de s'affranchir, lorsqu'il se retire de la société, de l'obligation qui lui incomberait suivant le droit commun de verser ultérieurement le complément des actions par lui aliénées; que la loi établit au profit de l'associé qui transmet ses droits et ses obligations à un tiers une novation par la substitution de son cessionnaire en son lieu et place, mais que tant que l'actionnaire conserve la propriété de ses actions, il ne saurait sous aucun prétexte se soustraire à l'obligation qui pèse sur tout propriétaire d'une action d'en payer le montant total.

Cette jurisprudence, ainsi consacrée par la Cour de

(1) Sirey, 79.2.42.

cassation elle-même n'a plus subi de variation et semble bien définitivement assise.

En pratique donc, aux conditions déjà énumérées par nous pour la libération du souscripteur ou de ses cessionnaires, il faut ajouter l'aliénation du titre, puisqu'à l'heure actuelle les tribunaux le décident ainsi unanimement.

Quoi qu'il en soit, cette interprétation n'a point été admise par la doctrine; elle est, au contraire, repoussée, on peut le dire, par la presque unanimité des auteurs. Dès leur apparition, en effet, les deux arrêts que nous venons de rapporter et qui à une date aussi rapprochée adoptaient ainsi deux courants d'idée absolument opposés, ont soulevé une vive et ardente controverse. Ce n'est pas, cependant, que la doctrine soit restée pendant si longtemps sans apprécier la portée de l'article 3 sur ce point essentiellement pratique. M. Beudant, en effet, dès 1868, avait, dans un article fort remarquable, publié dans la *Revue critique de jurisprudence*⁽¹⁾, combattu déjà par avance l'opinion consacrée par le dernier arrêt que nous venons de citer, mais en présence des hésitations et des contradictions de la jurisprudence, la discussion, on le comprend, est devenue plus générale et en même temps plus précise et plus serrée. M. Beudant lui-même, reprenant la thèse déjà soutenue par lui, rouvre à nouveau le débat :

« Nous avons la conviction, écrit-il, que la cour de Paris et après elle la Cour de cassation, en interprétant cet article comme elles l'ont fait dans les arrêts rappor-

(1) *Revue critique*, tom. XXXIII, année 1868, p. 58 et s.

tés, se sont arrêtées à mi-chemin de l'évolution législative qui s'est accomplie et que le tribunal de commerce de la Seine lui a, au contraire, donné son sens exact et sa véritable portée. »

Pour M. Beudant, en effet, la loi de 1867 n'a pas seulement supprimé la responsabilité qui existait en vertu de la loi de 1856 pour le souscripteur d'actions, responsabilité qui consistait à garantir son cessionnaire des paiements restant à faire sur les titres cédés, mais même a supprimé l'engagement personnel de tous souscripteurs ou cessionnaires, à tel point que le délai de deux ans suffit à libérer définitivement tous les actionnaires, quels qu'ils soient, aussi bien le souscripteur que les porteurs eux-mêmes : « Désormais, continue-t-il, la société n'a plus, pour le recouvrement de son fonds social non versé, aucun débiteur personnel, le titre seul reste débiteur et répond des versements à effectuer. »

Pour arriver à asseoir son opinion, M. Beudant, comme ses adversaires d'ailleurs, ce qui est remarquable, et nous l'avons déjà indiqué, remonte aux travaux préparatoires et fait l'historique de l'enfantement laborieux de la loi, cherchant à saisir l'opinion fugitive et confuse du législateur à travers les remaniements du projet, pour la faire servir au triomphe de son système.

C'est ainsi qu'il énonce les trois propositions qui se trouvaient en présence et que nous avons déjà analysées plus haut, propositions que l'on peut résumer ainsi :

1° Projet du gouvernement, qui déclarait libérés après versement de moitié tous les souscripteurs ou cessionnaires qui aliéneraient leurs titres ;

2° Le système de la loi de 1856, énergiquement défendu par M. Jules Simon et de Janzé, qui n'admettait aucune libération et déclarait tous les actionnaires successifs responsables jusqu'au paiement total du montant de l'action;

3° Et enfin le système de la commission, qui admettait la libération après versement de moitié et sans qu'il soit besoin que le titulaire ait aliéné ⁽¹⁾.

Et M. Beudant ajoute : « Maintenant laquelle des trois propositions a prévalu? Là est toute la question. Après de longs débats qui resteront célèbres par leur confusion, les amendements qui demandaient le main-

(1) Pour plus de clarté, nous croyons qu'il n'est pas inutile de reproduire, en les rapprochant, les textes mêmes de ces trois propositions.

1° *Loi de 1856.*

Art. 2. Les actions seront nominatives jusqu'à leur entière libération.

Art. 3. Les souscripteurs d'actions sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du paiement du montant total des actions pareux souscrites.

2° *Projet du gouvernement.*

Art. 2. Les souscripteurs d'actions sont tenus au paiement du montant total des actions par eux souscrites. Toutefois, il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que ceux des souscripteurs qui auront aliéné leurs actions ne seront responsables des sommes dues par les cessionnaires que jusqu'à concurrence de la moitié du montant sur chaque action.

Art. 3. Les actions ou coupons d'actions sont nominatifs jusqu'à leur entière libération.

3° *Projet de la commission.*

Art. 2. Les souscripteurs d'actions sont responsables du montant total des actions par eux souscrites. Il peut être dérogé à cette prescription, mais seulement par les statuts constitutifs de la société et jusqu'à concurrence de moitié de chaque action. Dans ce cas, le capital ne pourra être énoncé...

Art. 3. Les actions ou coupons d'actions..... sont nominatifs jusqu'à l'entier acquittement de l'obligation contractée par le souscripteur primitif.

tien de la loi de 1856, furent repoussés comme ne concordant pas avec les besoins avérés de la pratique. Le projet du gouvernement le fut comme insuffisant; celui de la commission le fut aussi comme n'offrant pas aux tiers les garanties nécessaires. Cependant, ainsi qu'il résulte du deuxième rapport complémentaire (pag. 2), on finit par s'entendre sur les trois points suivants : Il est essentiel qu'il n'y ait que des souscripteurs sérieux : il n'est pas absolument nécessaire, et il peut être parfois nuisible que les souscripteurs soient indéfiniment responsables : il est désirable que la société, si elle le juge convenable à ses intérêts, à la circulation de ses titres, puisse les convertir en actions au porteur après libération de moitié. De cet ensemble de vues sortit un système de transaction dont l'article 3 contient l'énoncé. »

On peut parfaitement, à la vérité, accepter comme exacts ces résultats sans admettre le système de l'éminent doyen honoraire de la faculté de droit. Il est bien certain, en effet, malgré les confusions de détail qui ont pu se produire, que le système de l'article 3 représentait la transaction consentie entre les différents projets ou amendements; mais jusqu'où est-on bien allé dans cette voie transactionnelle, car jusqu'ici, s'il en est comme le prétend M. Beudant, le projet de la commission paraît avoir eu la part du lion dans la transaction; il est vrai qu'on y a ajouté d'une part la nécessité d'une délibération favorable de l'assemblée générale des actionnaires, et d'autre part qu'on a reculé de deux ans à l'égard des souscripteurs ou de certains cessionnaires la libération qui dans le système de la commission devait se produire immédiatement :

mais est-ce bien là les seules concessions que l'on ait en définitive exigées? C'est là que la question se précisant davantage devient plus insaisissable et plus difficile à résoudre.

M. Beudant, il est vrai, rapporte à l'appui de son opinion, comme nous l'avons déjà indiqué, le langage tenu en sa présence par M. Duvergier, commissaire du gouvernement lors de la discussion de la loi, langage duquel il résulterait que dans l'esprit des membres du corps législatif, il n'y avait entre ces deux termes : conversion au porteur et libération du souscripteur, aucune différence. Il est non moins vrai que les adversaires de ce système se réclament également de M. Duvergier et invoquent un passage de la « Collection des lois » publiée par ce savant jurisconsulte, où il est dit au contraire qu'il ne peut y avoir de libération que pour les souscripteurs ou les cessionnaires qui ont aliéné leurs titres. Pour eux l'opinion écrite est la plus sûre, et c'est là seulement qu'il faut voir l'opinion de M. Duvergier.

Il en est de même de l'opinion de M. Mathieu : elle est invoquée dans les deux systèmes, et à la vérité nous pensons qu'il faut de part et d'autre négliger cet argument, parce qu'on ne trouve pas dans l'ouvrage du rapporteur de la loi de 1867, une précision de langage telle qu'on puisse en tirer une conclusion suffisamment certaine, en faveur de l'une ou l'autre opinion.

Mais M. Beudant étudie de très près le texte, et le dissèque, si je puis dire, et son argumentation devient très précise. Pour lui l'article 3 a deux dispositions distinctes qu'il faut se garder de confondre, l'une, le

paragraphe 1^{er}, qui autorise l'assemblée générale, si les statuts lui en confèrent le droit, à voter la conversion et par là la libération des souscripteurs, ou plus généralement des actionnaires; l'autre, le paragraphe 2, qui restreint les effets de cette délibération relativement à certains souscripteurs et cessionnaires en ce sens qu'elle ne leur est acquise qu'au bout de deux ans, et non immédiatement comme en vertu du paragraphe 1^{er}. « Ce serait, continue M. Beudant, s'égarer absolument que d'appliquer à la libération, pour en déterminer l'étendue, les termes du paragraphe 2 qui au contraire la limitent dans un cas particulier. C'est le paragraphe 1^{er} qui contient la règle; quand il dit que les statuts peuvent conférer à l'assemblée générale le droit de voter la conversion, il sous-entend : et par là même la libération; or cette libération que la loi fait résulter du vote autorisant la conversion est absolue : elle se produit à l'égard des souscripteurs, des cessionnaires successifs et des détenteurs, sans qu'il faille distinguer, parmi les souscripteurs, ceux qui ont conservé leurs titres et ceux qui les ont aliénés, ni, parmi les cessionnaires, ceux qui ont acquis leurs titres avant le vote de conversion, et ceux qui les ont acquis après. Le paragraphe 2 contient une restriction, et cette restriction est relative : elle concerne les souscripteurs qui ont conservé leurs actions, et en outre, seule hypothèse expressément prévue parce que la première ne pouvait faire doute, « ceux qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié » ou plutôt avant le vote de conversion : elle concerne en d'autres termes tous ceux, mais ceux-là seulement, qui ont été actionnaires soit par souscrip-

tion, soit par acquisition du titre, alors que l'action entraînait engagement personnel d'en payer le montant ou le complément ⁽¹⁾. Et voici une preuve irrécusable que l'article 3 ne peut être compris qu'ainsi : si on regarde la libération comme acquise à ceux seulement que mentionne le n° 2, que décidera-t-on des cessionnaires en vertu de cessions postérieures au vote de conversion? Le texte ne les vise pas : il serait absurde cependant de les considérer comme tenus plus rigoureusement que les cessionnaires en vertu de cessions antérieures : donc ce n'est pas le n° 2 de l'article qui détermine l'étendue de la libération, c'est le n° 1 qui est général, et le n° 2 ne fait qu'y apporter une restriction dans un cas particulier. D'ailleurs le deuxième rapport supplémentaire, le véritable exposé des motifs du projet définitif de la commission, est absolument explicite : « Il est désirable, y est-il dit, que la société,

(1) MM. Lyon-Caen et Renault reproduisent cette opinion en lui donnant une forme plus saisissante encore. « Il est certain, disent les éminents professeurs, que les souscripteurs sont libérés après deux ans, depuis la délibération de l'assemblée générale, quand ils ont cédé antérieurement leurs actions. Mais que doit-on décider pour ceux qui, lors de la délibération, étaient encore en possession de leurs actions? On a prétendu qu'ils étaient tenus de faire le versement intégral, puisque l'article 3, énumérant les personnes qui sont libérées après deux ans, mentionne les souscripteurs primitifs qui ont aliéné leurs actions. Nous ne croyons pas cette opinion conforme au système de la loi. Il y a, comme on l'a très bien expliqué, dans l'article 3, deux dispositions qui se tiennent sans doute, mais qu'il faut savoir distinguer : l'une autorise l'assemblée générale à voter, en vertu des statuts, la libération des souscripteurs et des cessionnaires, l'autre restreint les effets de cette libération en décidant qu'ils ne se produiront qu'après deux ans. En disant que les souscripteurs qui ont cédé leurs actions ne seront libérés qu'après deux ans, la loi veut dire que les souscripteurs, même en cas de cession, restent tenus pendant deux ans (*Précis de droit commercial*, n° 431).

si elle le juge convenable à ses intérêts, à la circulation de ses titres, ait le droit de les convertir en actions au porteur, après le versement de moitié, en maintenant toutefois la responsabilité des premiers souscripteurs pendant le délai que la loi a déterminé (pag. 2). Voilà bien les deux parties de l'article 3. Est-ce que la libération des actionnaires n'est pas annoncée ici comme résultant du vote de conversion, indépendamment de toute autre circonstance? Plus loin le rapport s'occupe du rôle attribué à l'assemblée générale, et il dit : « Sa délibération atteste deux choses, la première c'est que la moitié du capital a été réellement versée; la seconde que la société est dans une situation prospère, car sans cela comment viendrait-elle dégager les souscripteurs primitifs après un délai de deux années (pag. 5)? Où est-il dit que la libération soit subordonnée à l'aliénation des titres? Enfin, au cours de la discussion, le rapporteur de la commission, développant la pensée du nouveau projet, ajoutait : « Il était dans les habitudes du Conseil d'État, quand il autorisait les sociétés anonymes, de permettre la libération des souscripteurs par le versement de moitié. Eh bien, nous avons pensé qu'il était nécessaire de retenir cette faculté en la transportant du Conseil d'État, dont l'autorisation n'est plus nécessaire, à l'assemblée générale, et en lui donnant en outre ce correctif, cette garantie complémentaire de la prescription de deux ans après laquelle seulement le souscripteur primitif peut être libéré (*Moniteur* du 23 juin 1867). Tout cela n'est-il pas concluant? »

Sans doute, mais voyons l'argumentation des adversaires. Nous savons déjà ce qu'ils répondent rela-

tivement à l'argument tiré de l'opinion qui aurait été exprimée par M. Duvergier en présence de M. Beudant. En ce qui concerne M. Mathieu, nous verrons qu'ils s'abritent également derrière son autorité et qu'ils considèrent que l'honorable rapporteur de la commission n'a pas exposé dans son commentaire de la loi de 1867 d'autre opinion que la leur. Ne cite-t-on pas, en effet, ce passage où l'auteur donnant un aperçu un peu général de l'esprit de l'article 3 s'exprime ainsi : « La loi nouvelle a donc le même point de départ que la loi de 1856. Comme celle-ci, elle admet que le souscripteur, *quand il s'est défait de son titre*, serait-ce après l'avoir libéré jusqu'à concurrence de moitié, reste obligé jusqu'à sa libération complète, mais à la différence de la loi précédente, elle consent à tempérer la rigueur de la règle ? » Ne semble-t-il pas, dit-on, que cette exception, ce tempérament apporté à la rigueur du principe, dont il est parlé à la fin de la phrase, n'a trait qu'au souscripteur *qui s'est défait de son titre* ? »

Quant au deuxième rapport supplémentaire, dans lequel les partisans du premier système ont puisé des passages qu'ils considèrent comme absolument concluants, il a également servi à asseoir l'argumentation de la partie adverse. Tout d'abord, et personne ne pourra le nier, le terme « cessions, » « cessions anticipées, » « cessions frauduleuses, » « cessions faites à contre-temps, » s'y rencontre presque à chaque ligne ; ce qui a sans doute fait dire à l'un de nos savants maîtres, M. Labbé, l'un des rares partisans du système de la jurisprudence, que la justification de ce système y éclate à chaque mot.

Voici, en effet, ce que nous lisons dans ce rapport : « Le rejet de l'article 2 et des amendements semble inspiré par les considérations suivantes : il n'est pas indispensable, et il peut être nuisible à la création des sociétés que les souscripteurs primitifs d'actions soient tenus indéfiniment du versement intégral des sommes qu'elles représentent ; mais il faut un engagement sérieux, et il ne faut pas que, même après avoir versé la moitié du montant de leur mise, les souscripteurs primitifs puissent au moment d'une crise se soustraire au paiement du surplus par une fraude difficile à saisir ; que les souscripteurs primitifs ou les cessionnaires qu'ils se sont donnés aient la faculté de se dégager en donnant, sans garantie aucune, *un cessionnaire insolvable et inconnu de la société...* »

D'autre part le rapporteur s'exprimait ainsi devant le Corps législatif : « En face du renvoi qui lui avait été fait du projet du gouvernement et des amendements qui y avaient été apportés, la commission a cru qu'il y avait une sorte de transaction à faire... Elle a pensé que le sentiment de la Chambre était de ne pas libérer d'une manière absolue, après le versement de la moitié du montant de l'action, soit les souscripteurs primitifs, soit les cessionnaires qu'ils se seraient donnés jusque-là. La considération que les tiers n'avaient pas assez de garantie, *surtout les cessions faites à contre-temps, les cessions frauduleuses* avaient été la principale préoccupation de la Chambre. — La commission n'a pas voulu qu'un souscripteur ou un cessionnaire, placé au sein de la société, assistant à ses délibérations, aux actes de sa vie quotidienne, entrevoyant dans un avenir prochain la catastrophe, la ruine que le public n'a-

perçoit pas encore pût, *par une cession*, se dégager d'une manière complète en se substituant un cessionnaire sans solvabilité. Elle a cru possible de prévenir *ces cessions anticipées et frauduleuses*, » etc.

Ce langage n'est-il pas, lui aussi, concluant? pour nous servir de l'expression même des adversaires du système que nous exposons en ce moment, et peut-on penser que celui qui le formulait n'avait pas dans l'esprit, comme une nécessité de la situation à laquelle il faisait allusion, c'est-à-dire la libération du souscripteur ou de ses cessionnaires, l'aliénation même du titre. — Comme nous l'avons déjà fait remarquer d'ailleurs, le mot de *cessions* ne revient-il pas, en effet, à chaque instant avec des qualificatifs variés sous sa plume ou sur ses lèvres?

Toutefois on peut essayer de répondre que si cette situation particulière dans laquelle l'aliénation du titre est spécialement prévue, était ainsi plus particulièrement présente à l'esprit du rapporteur, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle s'y trouvait d'une façon exclusive et surtout qu'une semblable opinion ait été réellement partagée soit par les membres de la commission, soit par les députés qui ont voté l'article 3.

Il est donc fort difficile, comme on le voit, de suivre à travers les projets divers, les amendements, les voyages de la Chambre à la commission et réciproquement, et à travers les écrits ou les discours du rapporteur de la loi l'esprit véritable, le sens exact de l'article 3. Quant au texte lui-même, on a beau le tourner et le retourner, l'interroger cent fois, il ne répond rien de précis.

En effet, lorsque le texte nous dit : « Les souscrip-

teurs primitifs qui ont aliéné leurs actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié, restent tenus pendant un délai de deux ans, » veut-il nous dire que ceux-là seuls sont tenus pendant ce délai, et que tous les autres sont au contraire immédiatement libérés, même le porteur qui aura acquis postérieurement au vote? C'est le système de la doctrine. Ou au contraire veut-il nous dire que ceux-là seuls ne sont plus tenus que pendant deux années, tandis que tous les autres le restent indéfiniment? Cette solution est repoussée de tous côtés, car tout le monde admet que les ventes postérieures au vote de conversion déchargent le vendeur, qui a lui-même acquis après ce vote, de toute obligation : quelques auteurs ⁽¹⁾, toutefois, n'admettent la décharge du vendeur que deux ans après la délibération, c'est le troisième système, peu important comme on le voit, que nous avons promis de mentionner. Le texte enfin veut-il nous dire simplement que ceux qui ont aliéné leurs actions, et ceux-là seuls, ne sont plus tenus deux ans après la délibération de l'assemblée générale? C'est le système de la jurisprudence.

Encore une fois rien de précis, et il reste impossible d'appliquer ce texte mot à mot à aucun des systèmes proposés. Toutes les opinions qui se sont fait jour et qui ont essayé de donner l'interprétation la plus plausible de l'article 3, ont dû le commenter et en élargir les termes; appliqué mot à mot, en effet, il arriverait à créer des situations absurdes et par conséquent inacceptables. Ne peut-on pas cependant, malgré son obs-

(1) Vavas seur, *Traité des sociétés*, t. I^{er}, n^{os} 312 et suiv.

curité, s'en servir dans une certaine mesure et y trouver des points d'appui en faveur de l'un ou l'autre des deux systèmes que nous avons le plus longuement exposés.

Dans ce travail, qui ne conduit pas d'ailleurs à un résultat bien net, et c'est pourquoi nous n'avons pas osé prendre parti, l'opinion de la doctrine nous paraît avoir l'avantage.

Si nous ne nous en tenions qu'au texte, en effet, nous penserions que la jurisprudence s'est laissée entraîner par cette phrase : « les souscripteurs primitifs qui ont aliéné leurs actions, » qu'elle a considéré ces mots : « qui ont aliéné, » comme étant inséparables de la libération exceptionnelle accordée par le paragraphe 2 de l'article 3, que c'est là la base même de son système. Cette base serait bien fragile, car pour donner à ces termes une telle portée, il faudrait s'arrêter au milieu de la phrase, et en passer toute une partie pour rejoindre précipitamment la fin ; le texte ne dit-il pas et « ceux auxquels ils ont cédé *avant le versement de moitié*, » de telle sorte que l'article 3 ne parlant que des aliénations faites avant le versement, comment en pourrait-on faire un argument aussi net, puisqu'on reconnaît bien dans ce système, que les aliénations consenties postérieurement à la délibération, libéreraient également le débiteur ? Dès lors pourquoi invoquer le texte puisqu'on construit en dehors de lui. A part cet argument, et nous en voyons la valeur, il ne nous en apparaît point dans le texte pouvant venir à l'appui du système de la jurisprudence.

Le système de la doctrine, au contraire, peut en revendiquer plusieurs.

En rapportant l'opinion de M. Beudant, nous avons déjà indiqué de quelle manière le savant professeur divisait le texte pour l'expliquer. Pour lui, il faut voir, dans le premier paragraphe, une première décision parfaite et entière se suffisant à elle-même : l'assemblée générale, pourvu que les statuts constitutifs le lui permettent, ayant le pouvoir de convertir les actions au porteur, et la conversion au porteur, c'est la libération du souscripteur ⁽¹⁾.

Le deuxième paragraphe contient seulement une restriction à cette première disposition en reculant son effet de deux années après le vote.

Cette manière de voir peut s'appuyer sérieusement de la rédaction même de la loi de 1856. L'article 2 disait, en effet : « Les actions des sociétés en commandite sont nominatives jusqu'à leur entière libéra-

(1) M. Labbé, qui appuie de son autorité considérable le système de la jurisprudence, repousse cette opinion en ces termes :

« Nous avouons cependant, dit le savant professeur, qu'il ne nous est pas démontré que le législateur qui a voté l'article 3 de la loi de 1867, ait eu l'intention d'accorder, en même temps que l'avantage de la forme au porteur des actions, cette autre latitude extrême de la retraite facultative des actionnaires. Et d'abord, il ne l'a pas dit, il n'a statué que sur la forme possible au porteur des actions non libérées; or, la forme au porteur ne renferme pas cette conséquence.....

« La qualité d'associé emporte jusqu'à la libération de l'action un droit et une obligation connexes.....

« Il était à craindre que des actionnaires, après avoir autorisé la conversion en titres au porteur, ne cédassent ensuite leurs titres à des hommes de paille. Pour l'empêcher, le législateur les soumet à responsabilité, à garantie de leurs cessionnaires pendant deux ans à partir de la conversion autorisée. Ils choisiront des hommes solvables, afin d'avoir contre eux un recours efficace. Cette responsabilité fait espérer que, dans la délibération sur la conversion, ils prendront en considération l'intérêt de la société et non l'intérêt individuel de leur libération. Les actionnaires qui, après avoir voté

tion. » Art. 3. « Les souscripteurs d'actions dans les sociétés en commandite sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du paiement du montant total des actions souscrites. »

Quoi d'étonnant alors que, s'agissant de faire une loi nouvelle, alors qu'on avait le texte de l'ancienne sous les yeux, on ait vu, bien qu'en fait cela puisse être autrement, une corrélation entre l'action nominative et l'engagement indéfini, entre l'action au porteur et la libération du souscripteur ou actionnaire, et alors l'argument invoqué n'est certes point sans avoir une certaine vraisemblance.

D'autant plus, et ce dernier argument n'a pas encore été produit, croyons-nous, que si nous passons au deuxième paragraphe, qui contient seul, au dire des partisans du système de la jurisprudence, la condition nécessaire de libération, tandis que les par-

la conversion, ont cédé leurs actions, sont garants, donc ils ont un recours, donc il existe en dehors d'eux un débiteur principal? Eh! sans doute, c'est celui qui est actuellement actionnaire, membre de la société. Donc l'actionnaire actuel est toujours et indéfiniment tenu du paiement du capital souscrit.

« En résumé, aucune disposition de la loi n'établit formellement comme licite, ou ne nous induit à considérer comme licite, la clause de retraite facultative.

« L'actionnaire porteur d'une action non libérée doit le complément de la somme souscrite. La société a, comme mode d'exécution de cette obligation personnelle, la faculté de suivre et vendre l'action, sauf compte. Elle a, contre le souscripteur et contre les actionnaires ayant pris part au vote de conversion, un recours en garantie limitée à deux ans. Lorsque la conversion est régulièrement autorisée, toute cession d'action nominative ou au porteur, faite par un actionnaire survenu dans la société depuis ladite délibération, emporte novation, libération immédiate du cédant, c'est la seule irresponsabilité que la loi permette.

« Telle est l'interprétation que nous donnerions de l'article 3 de la loi de 1867. »

tisans du système de la doctrine n'y voient qu'une restriction apportée à la libération déjà édictée dans les lignes précédentes, nous voyons encore les termes employés favoriser ce dernier système. Le texte dit, en effet : « Les souscripteurs qui ont aliéné *restent tenus*, » singulière manière d'édicter une libération que de l'exprimer ainsi « restent tenus ! » Au contraire, ces termes deviennent tout naturels, si on les considère comme une restriction du principe de libération déjà prononcé.

Dans le premier paragraphe, les actionnaires en général *sont libérés*. Dans le second paragraphe, certains actionnaires *restent tenus*. Ces termes sont exacts et expriment bien la pensée, si l'on commente de cette manière l'article 3, il en est tout autrement dans le système de la jurisprudence.

Signalons enfin un dernier argument opposé par les partisans du système de la doctrine. Pour eux, leur système seul permet d'assurer l'égalité entre tous les actionnaires, cette égalité de droits et de charges si nécessaire, puisqu'elle est de l'essence même des sociétés par actions. En effet, la conversion au porteur ayant été votée, ceux qui auront profité du vote et auront converti leurs titres, auront, en cas d'appel de fonds, la faculté de faire la sourde oreille, puisqu'ils ne sont pas connus ; au contraire, ceux dont les actions sont restées nominatives, ne pourront pas se soustraire à la demande qui leur sera faite.

Cet argument n'a pas une réelle portée, car l'inégalité qu'il crée n'est qu'une inégalité de fait et non point une inégalité juridique, la seule qui devrait nous

préoccuper. En droit, en effet, tous les actionnaires propriétaires de leurs actions au moment de l'appel de fonds, que leurs titres soient au porteur ou nominatifs, sont tenus, puisque nous nous plaçons dans l'hypothèse du système de la jurisprudence, qu'importe que certains actionnaires, parce que leurs titres sont au porteur, trouvent plus facilement le moyen d'échapper aux conséquences de leur engagement, aux yeux de la loi, ils sont tenus tout comme les détenteurs de titres nominatifs, et c'est assez pour que l'égalité entre associés soit reconnue et respectée. D'ailleurs, s'ensuit-il que, par le fait seul que le titre est au porteur, son titulaire échappera nécessairement aux poursuites? Pas le moins du monde, de nombreuses circonstances diverses, le dépôt de ses titres dans les caisses de la société, un emprunt opéré sur ses titres donnés en nantissement, etc., pourront mettre entre les mains de la société ou de son représentant, la preuve qu'il en est bien propriétaire, et dès lors comment pourra-t-il échapper aux responsabilités? En somme, il ne s'agit pour la société ou pour ceux qui la représentent, que d'une question d'exécution; quant au principe même de l'égalité, au point de vue juridique, il est absolument sauvegardé. Croit-on, d'ailleurs, que ces difficultés pour le recouvrement du capital social ne viendront que du côté des actionnaires ayant un titre au porteur? ce serait une erreur que l'expérience de ces dernières années ne permet plus d'avoir. En cas de ruine, en effet, il n'y a pas à distinguer, tout le monde se sauve, et si les actionnaires au porteur y mettent, et pour cause, plus de discrétion, les autres n'y mettent pas moins d'empres-

sement, et les actions ont beau être nominatives, il faut parfois un temps bien long pour que les opérations de recouvrement du fonds social arrivent à leur terme, et il est bien rare qu'elles donnent un résultat satisfaisant, car si, pour échapper aux poursuites, les uns, les actionnaires au porteur, se contentent de cacher leur qualité d'associés, les autres, les actionnaires nominatifs, cachent leurs ressources et les mettent à l'abri, ce qui diffère peu comme résultat.

Nous avons ainsi parcouru et présenté, croyons-nous, d'une façon complète et sous toutes ses faces, cette difficile question. Bien que nous n'ayons point osé nous ranger définitivement à une opinion absolue, il nous semble pourtant que l'opinion de la doctrine est celle vers laquelle nous inclinerions le plus volontiers, par ce motif que si l'on ne trouve dans la loi elle-même, ou dans les travaux qui l'ont préparée, rien qui puisse éclairer la question d'une façon assez saisissante pour faire disparaître le doute, il est certain que le système de la jurisprudence a un caractère d'arbitraire que l'on ne rencontre pas dans celui de la doctrine, qui apparaît, au contraire, comme beaucoup plus rationnel et beaucoup plus conforme aux principes généraux du droit. A notre avis, toutefois, une interprétation législative seule, en présence de l'obscurité profonde de la loi, peut en fixer le véritable sens. Cette interprétation aura lieu, du reste, sous la forme d'une loi nouvelle dont nous reparlerons à la fin de ce travail. Espérons qu'elle ne se fera pas attendre trop longtemps.

CHAPITRE III.

DES POURSUITES CONTRE LES DIFFÉRENTES PERSONNES TENUES DES VERSEMENTS A FAIRE SUR DES ACTIONS NON LIBÉRÉES.

SECTION 1.

Droits de la société en cas d'appel de fonds.

En cas d'appel de fonds, quels seront les droits de la société pour le recouvrement des sommes appelées?

Cette question, qui vient naturellement à l'esprit à la suite du commentaire de l'article 3, relativement à la nature et à la durée de l'engagement des souscripteurs et actionnaires, se résout tout naturellement lorsqu'il s'agit d'actions nominatives; dans ce cas, la société a le droit de poursuivre purement et simplement l'actionnaire ou les actionnaires qui sont tenus, comme un débiteur ordinaire. La chose est facile, puisque s'agissant d'actions nominatives tous les titulaires sont connus d'elle.

Au contraire, si les actions sont au porteur, et nous plaçant dans l'hypothèse où le porteur serait tenu ainsi que le prétend une opinion que nous avons exposée et qui est celle de la jurisprudence, quel

serait le droit de la société, car là la question devient en pratique beaucoup plus délicate.

La société pourrait-elle, par cela seul qu'un actionnaire a fait partie de la société à un moment quelconque, le souscripteur, par exemple, ou le dernier titulaire d'une action au moment où la conversion au porteur a eu lieu, la société pourrait-elle lui réclamer le montant de la somme appelée, sauf à lui à établir qu'il a cessé de faire partie de la société, que l'action, dont il était titulaire et qui a été convertie au porteur entre ses mains, a cessé de lui appartenir; ou, au contraire, la société devra-t-elle préalablement établir que la personne, à laquelle elle s'adresse, était bien propriétaire au moment de l'appel de fonds? En un mot, à qui incombera la charge de la preuve? Est-ce à la société, qui est demanderesse principale au procès? Est-ce à l'actionnaire qui joue au contraire le rôle de défendeur?

Pour répondre à cette question, nous pensons tout d'abord qu'il faut bien se garder de l'impression toute naturelle que l'on ressent à la pensée que si l'on fait peser sur la société la charge de la preuve, cette preuve étant la plupart du temps impossible, on rend illusoire un droit que l'on a pourtant reconnu. Il importe peu, en effet, que l'exercice de ce droit soit difficile. Cette difficulté d'ailleurs, dont on se plaint, elle est inhérente à la nature du titre au porteur, or, qui est-ce qui a converti en action au porteur l'action qui était primitivement nominative si ce n'est la société elle-même aujourd'hui demanderesse au procès. Que n'a-t-elle prévu à ce moment les difficultés qu'elle pourrait en éprouver? De plus, il n'y a pas en réalité

empêchement absolu dans l'exercice du droit, car la propriété d'un titre au porteur pourra être faite, à l'encontre du défendeur, dans un certain nombre de cas. Il n'y a donc aucun argument à tirer de cette situation de fait.

Voyons, au contraire, ce qu'il faut décider si, à défaut de toute indication de la loi, nous interrogeons les principes du droit commun.

Rappelons d'abord quelle est la situation en nous plaçant dans le système qui admet l'obligation personnelle de l'actionnaire propriétaire d'une action au porteur. Dans ce système tous les actionnaires sont tenus jusqu'à libération complète, la conversion au porteur ne modifie pas cette situation, voilà le principe, mais ils cessent de l'être s'ils ont aliéné l'action dont ils étaient propriétaires, voilà l'exception.

La société ne pourra-t-elle donc leur tenir ce langage : Vous avez été titulaire de l'action dont je vous demande aujourd'hui la libération, vous l'étiez par exemple, lorsque l'action a été convertie au porteur, vous devez l'être encore; ou du moins j'ignore si vous ne l'êtes plus, à vous d'opérer le versement qui est exigible sur ce titre, et si vous prétendez que ce versement ne vous concerne plus parce que vous avez aliéné votre titre, à vous de faire cette preuve, *reus in exceptione fit actor*.

Ces principes paraissent assez certains, et on serait disposé, dans une certaine mesure, à les appliquer dans l'espèce que nous indiquions, celle, par exemple, où la société s'adresse à un actionnaire, titulaire d'actions au moment de la conversion, actionnaire qui a par conséquent figuré sur ses registres. On pourrait dire,

en effet, que cet actionnaire par l'effet, soit de sa souscription, s'il s'agit d'un souscripteur, soit de l'acceptation qu'il a faite du transfert, s'il s'agit d'un cessionnaire, a pris directement et personnellement l'obligation vis-à-vis de la société de payer le montant total du titre inscrit sous son nom, qu'en conséquence la société fait, conformément à l'article 1315, Code civil, suffisamment la preuve de l'obligation dont elle réclame l'exécution; qu'il appartient donc bien à cet actionnaire, qui oppose une exception de libération, de prouver la réalité du fait qu'il invoque comme l'ayant libéré.

Toutefois, nous préférons l'opinion contraire. La conversion en titres au porteur a eu, selon nous, pour effet de modifier complètement l'état de choses antérieur. Par le fait même de la conversion, l'engagement personnel de l'ancien titulaire a disparu, bien entendu, après le délai qu'exige la loi, et s'il y a encore néanmoins un débiteur personnel, comme le veulent les partisans du système dans lequel nous prenons notre hypothèse, ce ne peut plus être dorénavant que le porteur même du titre.

Mais s'il s'agit au contraire d'un actionnaire qui n'a jamais figuré sur les registres de la société, d'un actionnaire, par exemple, qui n'a acquis son titre qu'après la conversion au porteur, et il est bien possible, nous l'avons vu déjà, que la société puisse établir sa qualité d'actionnaire à une époque antérieure à l'appel de fonds quoiqu'il s'agisse de titres au porteur ⁽¹⁾, peut-on raison-

(1) On peut supposer, en effet, que le titre en question a été mis en dépôt dans les caisses de la société, ou bien qu'il a été acquis par l'entremise de la société, s'il s'agit d'une société de banque ou

ner comme nous l'avons fait dans l'espèce précédente?

Dans la première espèce, l'actionnaire avait bien pris, vis-à-vis de la société elle-même, l'engagement de libérer son titre, dans la seconde, au contraire, quelle est la portée de l'acquisition qu'il a faite, est-ce que cet acte contient l'engagement de libérer le titre? Vis-à-vis du cédant avec lequel il traite et dans le cas où celui-ci pourrait être déclaré responsable, oui, mais vis-à-vis de la société, non; car tout le monde reconnaît que si l'actionnaire propriétaire d'un titre au porteur est débiteur à l'égard de la société des versements restant à effectuer, ce n'est pas en vertu d'un engagement qu'il aurait pris, mais en sa qualité d'associé, c'est parce qu'il est associé, prenant part aux bénéfices de la société dans la proportion de son droit, qu'il doit également faire face aux charges dans les mêmes proportions. Mais s'il n'a fait que passer dans la société, s'il a revendu son titre, il est redevenu étranger à la société, le seul lien qui existait entre eux a été rompu. Que doit donc prouver la société pour établir que la personne à laquelle elle s'adresse est obligée? qu'elle a été actionnaire à un moment donné? C'est insuffisant, à notre sens, par ce motif qu'il n'en ré-

de crédit faisant ces sortes d'opérations, ou qu'une avance a été consentie au porteur sur le titre ainsi laissé en nantissement, bien qu'il ne soit pas certain qu'une société puisse prêter sur ses propres actions, ou bien encore, et ce sera le cas le plus fréquent, que le titre ait été déposé en vue d'assister à une assemblée générale. On cite quelquefois la présentation des coupons, mais la propriété des coupons n'implique pas nécessairement la propriété du titre. Il est fréquent, en effet, que les coupons ne soient pas présentés au paiement par le propriétaire du titre, ils le sont souvent par un tiers qui n'est que le mandataire de ce dernier, ou, s'il agit pour son compte, les a reçus lui-même en paiement.

sulte pas, comme nous venons d'essayer de le démontrer, qu'elle soit obligée; il faudrait établir qu'elle est ou qu'elle était associée, c'est-à-dire propriétaire de son action au moment même où l'appel de fonds a eu lieu.

Nous ne méconnaissions pas combien il sera difficile dans ces conditions pour la société, surtout avec le secret professionnel imposé aux agents de change par le décret de prairial an X, d'exercer avec fruit les poursuites nécessaires pour le recouvrement du fonds social, mais nous pensons que ce serait absolument dénaturer le caractère, l'essence même du titre au porteur, que de créer, à l'encontre de celui qui l'a possédé, une obligation permanente qui équivaldrait à un véritable engagement. La propriété seule du titre engage son détenteur, c'est donc cette propriété même, au moment actuel, au moment où l'appel de fonds est publié, et non la propriété à une époque antérieure, qu'il faut prouver pour établir l'obligation. Et d'ailleurs ce n'est pas seulement la preuve de la propriété de l'action qui est difficile à administrer. A l'inverse la preuve de l'aliénation du titre pourrait-elle se faire toujours facilement? Il le semble au premier abord. En effet, le plus souvent, l'opération aura été faite par le ministère d'un agent de change ou d'un coulissier, ou d'un changeur ou banquier, et alors la preuve pourra être faite en rapportant le bordereau de vente signé d'un des intermédiaires ci-dessus. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'un titre au porteur, d'un titre dont la propriété peut être transmise, cela ne fait aucun doute, par une simple remise. Si donc l'actionnaire poursuivi a vendu ou même donné son titre, car le don manuel serait également une des formes possibles d'aliénation, en dehors de

tout intermédiaire et sans exiger de reçu, puisque dans un cas il donnait, que dans l'autre il recevait en échange la valeur en argent du titre qu'il livrait, comment fera-t-il sa preuve? Cela lui sera impossible, et pourtant il a aliéné son titre : sera-t-il tenu de faire le versement demandé? Mais alors ce serait frapper d'interdiction des modes de transmission ou d'aliénation qui sont formellement autorisés par la loi. Nous avons donc bien raison de dire qu'un pareil résultat attaquerait l'essence même du titre au porteur, puisqu'on serait contraint pour le céder ou le transmettre d'avoir recours à de certaines formalités, ce qui est tout à fait contraire à la manière d'être du titre au porteur.

D'ailleurs en pratique on a recours à un autre moyen. Dans tous ou presque tous les statuts, en effet, où la conversion est prévue, on a soin de stipuler qu'à défaut par le porteur d'actions d'avoir, dans le temps prévu, opéré le versement demandé, les titres, qui resteront ainsi libérés, seront vendus à la bourse après certaines formalités de publicité aux risques et pour le compte du porteur. C'est là l'action réelle qui, dans le système de la doctrine est la seule qui reste à la disposition de la société, lorsque la période de deux ans s'est écoulée après le vote de conversion. Ce moyen, qui est d'une exécution facile et qui est très profitable pour la société lorsque ses affaires sont prospères et que l'appel de fonds n'est pas provoqué par une ruine imminente que l'on essaie de retarder, mais plutôt par une augmentation ou une extension à donner à l'entreprise, est absolument sans effet; dans le cas contraire, le titre, en effet, ne trouve plus preneur ou dans des prix dérisoires.

§ 1^{er}. *De la solidarité entre les différents titulaires
d'une même action.*

Mais lorsqu'il existe plusieurs titulaires successifs d'une même action, et qu'ils sont tous tenus jusqu'à complète libération, et nous savons que dans plusieurs cas, en dehors de ceux qui sont controversés, il en est ainsi, notamment lorsque les actions d'une société ne peuvent être converties au porteur, si les statuts ne l'ont pas prévu, ou lorsqu'en fait elles n'ont point été converties si l'assemblée générale n'a point statué ou a repoussé la conversion; ou lorsque les actions ayant été converties, tous les actionnaires existant avant la délibération restent tenus pendant une durée de deux années. Eh bien! dans ces différents cas ou tous autres, où plusieurs actionnaires d'un même titre sont tenus, la société a-t-elle le droit de les poursuivre tous en bloc, ou peut-elle les poursuivre isolément et indifféremment, doit-elle, au contraire, s'adresser tout d'abord au dernier titulaire, en remontant ainsi successivement jusqu'au premier en cas d'insolvabilité des autres.

En un mot, les différents actionnaires qui sont ainsi tenus vis-à-vis de la société, sont-ils des débiteurs solidaires?

La jurisprudence décide d'une façon constante et unanime l'affirmative. D'après les différents arrêts, la société, toutes les fois que l'action change de mains, acquiert un nouveau débiteur sans perdre l'ancien. La société, dit-on, n'est point, à proprement parler, partie à la vente qui s'est effectuée, et le transfert même

qu'elle inscrit sur ses registres ne contient nullement une acceptation de sa part qui pourrait entraîner novation par changement de débiteur. Il faut, en effet, aux termes de l'article 1275, que le créancier donne expressément décharge au débiteur qui fait la délégation. Et nous savons qu'il est reconnu que le transfert est une formalité d'ordre à laquelle la société est obligée de se prêter sans pouvoir contrôler le degré de solvabilité du cessionnaire, ce qui repousse évidemment toute idée d'abandon des droits qui lui appartiennent à l'encontre du cédant.

Ces principes sont exacts, et en l'absence de toute disposition spéciale il faut bien les accepter. Mais pourquoi ne pas dire cependant qu'il serait facile sans grand désavantage pour les sociétés ou pour les créanciers exerçant les droits de ces dernières, d'en tempérer la rigueur et de concilier à la fois les intérêts de toutes parties.

Telle qu'elle est, la loi permet en effet à une société ou à son syndic, si la mauvaise fortune lui en a donné un, de s'adresser, dans une suite de cessionnaires d'un même titre, à l'un quelconque au hasard ou bien à tous simultanément au gré du poursuivant. Or, il peut se produire ce fait qu'un actionnaire, retiré d'une société depuis un nombre d'années considérable, vingt ans si l'on veut, se verra inquiété, poursuivi, obligé de payer, sauf il est vrai son recours possible contre son propre cessionnaire ou tout autre après lui, soit en vertu de son action personnelle, soit en vertu de la subrogation dans les droits de la société qui résultera pour lui du paiement qu'il aura effectué, mais sait-on le trouble que cette poursuite apportera dans sa posi-

tion et dans sa fortune, et sera-t-il toujours temps pour lui d'exercer l'action récursoire que la loi lui donne, alors que la poursuite inattendue, dont il a été l'objet, a peut-être amené sa ruine. N'eût-il pas été plus simple de s'adresser immédiatement au dernier porteur qui peut-être était solvable.

Cette idée que les poursuites ne devraient être exercées que successivement contre les divers cessionnaires d'un même titre en commençant par le dernier, ou tout au moins en les appelant tous dans l'instance, semble si légitime et si naturelle, que toutes les fois qu'il est question de cette responsabilité qui continue à peser sur l'actionnaire qui vend son titre, les termes, que l'on emploie, y correspondent presque toujours, tant elle est dans l'esprit de chacun. C'est ainsi que dans la discussion de la loi de 1867, les mots de « garants » et de « cautions » reparaissent à chaque instant, « restent garants, restent cautions de leurs cessionnaires. » Que signifient ces mots, si ce n'est qu'il y a un débiteur principal, lequel est assurément le porteur actuel, c'est-à-dire l'associé, celui qui détient seul les chances de bonne fortune, qui doit, par conséquent, faire face aux obligations que la mauvaise peut lui imposer, tandis que les cédants, ceux qui sont aujourd'hui étrangers à la société, ne sont plus tenus dans les liens de leur obligation première que pour garantir la société ou les tiers de la solvabilité du cessionnaire qu'ils se sont donné. C'est ainsi, du reste, que l'ont compris les auteurs du projet de loi soumis actuellement aux délibérations du parlement et dont nous reparlerons, car il y est formellement édicté que des poursuites ne pourront être exercées contre un

actionnaire ayant cédé son action, sans que le dernier porteur ne soit en même temps impliqué dans la poursuite.

Toutefois, quel est au juste le caractère de cette solidarité, et le terme même de « débiteurs solidaires » est-il bien exact?

La solidarité légale, qui serait évidemment la seule possible dans ce cas, suppose nécessairement un lien d'obligation entre les divers débiteurs solidaires; un certain nombre d'auteurs prétendent même expliquer les effets produits par la solidarité, et qui sont contenus notamment dans les articles 1205, 1206 et 1207 du Code civil, par l'existence d'une véritable société entre ces débiteurs, et, par suite, d'un mandat réciproque qui fait que chaque débiteur solidaire est censé représenter ses codébiteurs dans tous les actes qui ont pour but, soit de conserver et de perpétuer l'obligation au profit du créancier, comme d'interrompre la prescription, soit d'améliorer la situation commune, l'obtention par exemple d'une transaction avantageuse par l'un des débiteurs.

Or, où trouver de tels éléments dans l'obligation incombant aux divers actionnaires, porteurs successifs d'un même titre, d'en opérer la libération, et sur quoi s'appuyer pour prétendre que les effets de la solidarité pourraient se produire à leur égard.

Aucun texte n'autorise, il nous semble, une telle extension dans l'application des règles tracées par le Code civil dans cette matière, et, en vérité, la solidarité entre ces différents débiteurs n'est-elle pas plus apparente que réelle?

Ce qui fait croire tout d'abord, en effet, à une véri-

table solidarité, c'est le droit que l'on reconnaît à la société, ou à ses représentants, d'exiger de tel actionnaire, quel qu'il soit parmi ceux qui restent obligés, la totalité du versement, et cela, parce que chaque actionnaire, soit par l'engagement même qu'il a pris comme souscripteur ou comme cessionnaire, soit en sa qualité d'associé, s'il s'agit du porteur actuel et dans un système tout au moins, est devenu personnellement débiteur de la totalité; mais ce résultat implique-t-il la solidarité, telle qu'elle est définie par l'article 1200 avec les effets qui en découlent? Nous ne le pensons pas, et nous considérons plutôt qu'il y a là simplement une obligation *in solidum*, pesant à la fois sur plusieurs débiteurs, ce qui permet au créancier de l'exiger toute entière de chacun, mais sans qu'il y ait entre ces différents débiteurs, aucuns liens de la nature de ceux que crée la solidarité légale, et sans qu'il en résulte les effets que la loi attache à cette situation juridique. Il n'y a là tout au plus, à notre avis, que ce que certains auteurs ont appelé, un peu arbitrairement d'ailleurs, la solidarité imparfaite.

§ 2. *Recours des porteurs successifs entre eux.*

Nous disions tout à l'heure que l'un quelconque des divers porteurs d'un même titre pouvait être actionné en paiement des versements restant à effectuer, mais sauf son recours, puisque n'étant plus porteur du titre, la charge des versements ne doit plus en définitive peser sur lui.

Cette question n'est point aussi simple que son énoncé pourrait le laisser supposer, surtout en pré-

sence de certaines décisions de jurisprudence que nous aurons à examiner; nous allons donc nous y arrêter quelques instants.

Plusieurs situations peuvent se présenter :

D'abord, il s'agit de titres nominatifs. Dans ce premier cas, il n'y a pas de difficultés. Tous les porteurs successifs sont tenus non point seulement au regard de leurs cédants, mais au regard de la société, et non seulement ils sont tenus, mais ils sont tous connus de la société, la transmission du titre n'ayant pu s'effectuer régulièrement qu'au moyen du transfert, c'est-à-dire de l'inscription du nouveau titulaire à la place de l'ancien sur les registres de la société.

En conséquence, vraisemblablement, la société s'adressera tout d'abord au dernier porteur, et si celui-ci répond à l'appel de fonds, il n'y a lieu à aucun recours, ce dernier est, en effet, celui qui doit supporter la charge du titre dont il est devenu propriétaire, il n'a pas d'autre recours à exercer. Si au contraire par caprice ou par nécessité, la société a cru devoir s'adresser à l'un des porteurs antérieurs, celui-ci a un recours à exercer contre son cessionnaire d'abord en vertu du contrat même de cession, et contre tous les porteurs successifs qui ont acquis postérieurement à lui-même, en vertu de la subrogation qui s'opère à son profit dans les droits et actions de la société, par suite du paiement qu'il fait entre les mains de cette dernière. Mais ce recours peut s'exercer facilement, aucun des cessionnaires, qui se sont succédé dans la propriété du titre, n'étant ignoré.

S'il s'agit au contraire de titres au porteur, la question devient beaucoup plus difficile.

Si dans le premier cas, il est vraisemblable que la société s'adressera au dernier porteur, c'est-à-dire à celui qui doit en définitive, ce qui supprime la question du recours. Dans le second, au contraire, celui-ci étant la plupart du temps inconnu, c'est au souscripteur ou aux porteurs du titre, alors que ce dernier était encore nominatif si nous parlons de titres n'ayant été convertis qu'au cours de l'existence de la société, que cette dernière s'adressera.

Il pourra, il est vrai, arriver, comme nous l'avons déjà indiqué, que, suivant le droit que lui en donnent les statuts, la société se contente de poursuivre en bourse l'exécution du titre, mais ce cas ne sera pas le plus fréquent, car pour que cette vente produise somme suffisante pour obtenir le montant de sa libération, il faut que la situation soit prospère, et alors il est plus vraisemblable de penser que le porteur lui-même fera le versement demandé.

C'est donc au souscripteur ou aux cessionnaires nominatifs que la société s'adressera.

Entre les différents porteurs nominatifs, le recours s'exercera, comme nous l'avons déjà dit, ils sont tous, en effet, également engagés et ils sont tous connus, car il faut bien supposer que la prescription de deux ans n'est point acquise, sans cela ils ne pourraient être recherchés par la société. Mais si nous supposons que l'actionnaire attaqué a vendu son titre après la conversion au porteur, quels seront exactement ses droits ?

Dans le système de la doctrine comme dans celui de la jurisprudence, tout actionnaire qui a acquis un titre au porteur, mais l'a revendu avant l'appel de fonds est entièrement dégagé, mais la jurisprudence à l'encontre

cette fois de la doctrine, décide que l'actionnaire propriétaire du titre au moment de l'appel de fonds est tenu, tandis qu'au regard de la grande majorité des auteurs, le titre seul doit, la jurisprudence prétend que l'actionnaire est personnellement tenu, qu'associé de l'entreprise il ne peut pas profiter des bénéfices qu'elle procure et abandonner sa situation à son gré, lorsqu'on lui en réclame les charges.

Donc, dans le système de la jurisprudence, le véritable débiteur, celui qui doit en définitive opérer le versement, c'est le porteur actuel. Nous verrons s'il est possible de l'atteindre, et combien, dans cette difficile matière, on a encore compliqué par de singulières contradictions cette loi de 1867 qu'on se flattait de simplifier.

Voyons tout d'abord si le système de la doctrine et celui de la jurisprudence en ce qui concerne les porteurs qui ont revendu leurs titres, en dégageant ces différents actionnaires de toutes obligations à l'égard de la société les dégage en même temps de la même manière à l'égard de leur cédant, et supprime, en un mot, tout recours possible au profit de ce dernier?

Cette question est fort délicate.

On comprend, au besoin, que l'acquéreur d'un titre au porteur qui a revendu son titre, qui par conséquent n'a fait que passer dans la société, sans laisser aucune trace de son passage, soit libre de tout engagement envers cette dernière, c'est un effet naturel et voulu du titre au porteur, et s'il en était autrement, il n'y aurait en réalité entre le titre nominatif et le titre au porteur qu'une différence de fait en présence d'une égalité de droit, c'est-à-dire la facilité pour l'action-

naire au porteur d'échapper à ses obligations par la fraude, alors que l'actionnaire nominatif serait contraint d'y satisfaire. Peut-on croire que ce soit là la seule conséquence recherchée dans la création du titre au porteur? Évidemment non. Il est donc très naturel que cet actionnaire soit libéré vis-à-vis de la société, mais faut-il aller plus loin et décider que l'effet du titre au porteur va jusqu'à le dégager même à l'égard de son cédant?

On ne peut pas nier qu'en le décidant ainsi on porterait une atteinte grave aux principes qui régissent la matière de la vente. Or, cette dérogation au droit commun est-elle écrite dans les lois qui fixent la matière des sociétés ou, à défaut, est-elle en quelque sorte commandée par la nature même du titre au porteur, est-elle de l'essence de cette sorte de titre?

Cela été soutenu. N'a-t-on pas dit, en effet, qu'il n'y avait aucune obligation directe entre le cédant et son cessionnaire, que ce dernier, par le paiement de la valeur du titre, avait satisfait à l'unique condition de l'opération. On assimile ainsi le titre au porteur à une véritable monnaie et l'on se refuse par suite à voir dans sa transmission contre espèces soit une vente, soit même un échange, du moins telles que le Code définit et réglemente ces deux opérations. La cession d'un titre au porteur, opérée le plus souvent au moyen d'un intermédiaire et sans que les véritables parties contractantes soient mises en présence l'une de l'autre, et ignorant même leur nom, semble donner une apparence de vérité à cette doctrine, mais une apparence seulement. Si l'on étudie, en effet, de plus près l'opé-

ration telle qu'elle a été faite, il semble au contraire que l'intention des parties a été tout autre.

Chacun sait que les actions non libérées sont inscrites à la cote officielle des agents de change avec le cours du titre tel que serait ce cours si l'action était libérée, et lorsque le bordereau de vente ou d'achat est dressé, c'est toujours avec le prix total du titre qu'il est établi, on en déduit ensuite le montant des versements restant à effectuer. De telle sorte qu'entre le vendeur et l'acheteur, l'opération se présente de la manière suivante : « Je vous vends une action non libérée moyennant le prix de....., le prix total, comme si mon titre était libéré, parce que, comme je suis engagé pour le montant des versements restant à effectuer, j'entends que ces versements soient opérés ; d'autre part, comme vous avez intérêt vous aussi qui devenez désormais associé de l'entreprise à ce que ces versements soient faits, je vous autorise à retenir sur le montant du prix, pour les opérer vous-même, la somme nécessaire pour faire face à ces versements. »

Il y a donc dans l'opération ainsi envisagée le principe d'un accord entre le vendeur et l'acheteur, accord aux termes duquel le vendeur s'est déchargé sur son acquéreur de l'obligation qui lui incombait de libérer les titres qui font l'objet de la vente, moyennant la déduction sur le prix convenu de la somme nécessaire que l'acquéreur conserve pour opérer cette libération. Il en résulte que si cet accord ne peut être invoqué à l'encontre de la société qui y est restée étrangère, il peut former tout au moins la base d'un recours en faveur du cédant à l'encontre de son cessionnaire.

A cet argument on répond, il est vrai, deux cho-

ses : d'abord qu'il est impossible qu'un accord soit intervenu, non seulement entre les parties qui s'ignorent l'une l'autre, mais même entre les agents de change leurs mandataires, par ce motif qu'il ait pu être échangé entre eux des pourparlers ou des engagements quelconques, étant donnée la rapidité avec laquelle toutes ces opérations s'effectuent à la Bourse. A la vérité, cette réponse est bien puérile. Les agents de change, en effet, ont entre eux des règles et des usages qui président chaque jour à toutes leurs opérations, en dépit du silence qu'ils gardent sur ces accessoires des nombreuses opérations qu'ils pratiquent chaque jour. Ces règles et ces usages sont-ils pour cela méconnus, et essaye-t-on jamais de s'y soustraire sous le prétexte qu'ils n'ont point été formulés ou renouvelés entre chacune des opérations effectuées? Assurément non.

L'argument véritable est celui-ci : le droit commun n'est point applicable. La nature du titre au porteur s'oppose à ce que la propriété d'un tel titre crée à l'encontre de celui qui l'a possédé une obligation persistante. Si, au contraire, le droit commun étendait son empire sur cette opération, qu'importe que les agents de change en aient ou non expressément rappelé les principes, est-ce que ces principes ne sont pas de l'essence même du contrat de vente, et dès lors, est-il besoin de le dire expressément pour qu'ils fassent partie intégrante de ce contrat?

On dit aussi que les agents de change ont trouvé là un moyen d'augmenter leurs bénéfices par un courtage plus étendu. C'est peu vraisemblable, car il est à remarquer que les agents de change pourraient faci-

lement augmenter le courtage touché par eux sans recourir à de tels moyens; il leur suffirait d'exiger le courtage qui leur est alloué par le décret de prairial, et qui est de $1/4$ pour cent au lieu de $1/8$, tarif qu'ils ont eux-mêmes adopté. Les agents de change, au lieu d'en augmenter le chiffre, l'ont, on le voit, diminué, fidèles en cela à cette vérité économique, fort en faveur de nos jours, que les réductions intelligentes, en multipliant les transactions, accroissent les bénéfices. Cet argument doit, en conséquence, être laissé de côté.

Il nous reste donc à examiner la question de savoir s'il est vrai que la vente d'un titre au porteur échappe aux règles du droit commun, et si cette opération doit être exclusivement régie par les prescriptions propres à la matière spéciale des sociétés.

A notre sens, rien n'est moins certain, car si on interroge les dispositions qui concernent cette matière, non seulement on n'aperçoit rien de semblable, mais il est même impossible d'y découvrir quoi que ce soit qui s'y rapporte. Et l'on en induit alors que la loi, n'ayant réservé aucun recours au profit du vendeur, à l'encontre de l'acquéreur d'un titre, lorsque ce titre a pris la forme impersonnelle au porteur, ce recours n'existe pas.

Nous pensons, au contraire, indépendamment des arguments que nous avons indiqués, que le droit commun est applicable, et qu'il n'y a aucune raison décisive de l'écarter.

Nous parlions tout à l'heure de l'intention des parties et nous cherchions à en trouver la trace significative dans ce fait du prix total stipulé d'abord, de la déduction faite ensuite sur le prix du montant des

versements restant à effectuer, cette dernière somme restant entre les mains de l'acquéreur comme une réserve devant lui permettre de faire face aux appels de fonds. Mais si l'on approfondit plus encore cette opération, cette intention commune des contractants apparaît plus évidente au fur et à mesure qu'on avance dans cette investigation.

Comment, en effet, admettre que le porteur d'un titre non libéré, vendant ce titre, ait pu consentir à investir désormais son acquéreur de tous les droits et bénéfices attachés à ce titre, en gardant pour lui, sans recours possible, la responsabilité des versements à faire, de telle sorte que si la situation est prospère, son cessionnaire touchera pendant un certain nombre d'années de gros dividendes, sans dangers et sans risques, car les dangers et les risques n'appartiennent pas à celui qui profite des bénéfices, à celui qui est l'associé de l'entreprise, ils continuent de peser sur celui qui a cédé tous ses droits, ne conservant que la charge des obligations que son titre lui imposait. En vérité, est-ce possible, et peut-on croire que le vendeur ait eu un instant la pensée de faire une aussi singulière opération. Celui qui vend une chose, jusqu'à preuve du contraire, est réputé la vendre avec tous ses accessoires, c'est-à-dire avec tous les droits et aussi toutes les obligations qui en découlent nécessairement. Encore une fois, ni le Code de commerce, ni le Code civil au titre des sociétés, ni la loi de 1867 ne viennent détruire en quoi que ce soit ce principe commun, et nous ne voyons, quant à nous, rien dans la nature du titre au porteur qui résiste à son application.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée en sens con-

traire, mais non pas sans quelques hésitations. Voici, en effet, comment s'exprimait M. le procureur général Beaudoin devant la Cour de cassation, dans ses conclusions conformes à la prétention du pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Lyon qui consacrait l'opinion contraire à celle que nous avons soutenue. Après avoir parlé du recours que la loi de 1867 assure à la société, il ajoutait : « Mais c'est là une disposition exceptionnelle et qui ne peut être étendue au delà de ses termes, qui n'a d'autre objet que l'intérêt de la société et par conséquent des créanciers sociaux. La loi ne s'est aucunement préoccupée des intérêts particuliers qui, en dehors des individus qu'elle dénomme, peuvent se traiter entre spéculateurs, entre cessionnaires successifs d'actions. De ces traités elle ne dit mot : elle ne règle en rien l'effet des contrats qui peuvent intervenir entre ces personnes et qu'elle tient comme lui étant étrangers. Qu'on se reporte au texte de l'article 3, qu'on consulte les travaux préparatoires, on ne trouve rien qui se rapporte aux relations entre cédants et cessionnaires.

« Si la loi de 1867 eût voulu faire rentrer dans ses prescriptions les traités particuliers entre cédants et cessionnaires et quant à eux déroger au droit commun, elle n'eût pas manqué de s'en expliquer formellement.

.

« S'il est vrai que les effets des traités, des négociations qui interviennent entre cédants et cessionnaires, ne rentrent pas dans les prévisions de la loi spéciale de 1867, c'est donc au droit commun qu'il appartient de les régler. Eh bien ! de quoi s'agit-il, quelle est la nature du contrat à apprécier ? Il s'agit d'une cession

d'actions, c'est-à-dire d'une vente de droits incorporels, vente à la fois d'un droit de créance contre une société et d'un droit de participation et de propriété dans cette société. Que ce soit proprement une cession, c'est-à-dire une vente directe entre parties contractantes, ou une négociation d'actions, c'est-à-dire une vente par intermédiaire, la nature du contrat reste la même, c'est toujours une transmission de la qualité d'associé, moyennant un prix déterminé. En définitive, il s'agit d'appliquer, d'après le droit commun, au contrat les principes en matière de sociétés combinés avec les principes en matière de vente, etc. »

La Cour de cassation refusa pourtant de se ranger à l'opinion si vigoureusement défendue par l'éminent procureur général, et confirma les arrêts de la cour de Lyon, qui avaient fait l'objet du pourvoi, par ces principaux considérants : « Attendu, dit la cour, que la forme au porteur est par elle-même exclusive de l'engagement allégué par le pourvoi; qu'il est, en effet, de l'essence du titre au porteur de n'établir aucun lien entre les porteurs successifs; que la transmission qui en est faite a simplement pour effet de rendre le nouveau porteur membre de la société anonyme et de l'obliger envers elle, les droits que lui confère sa qualité d'associé étant inséparables des obligations qu'elle impose; mais que du moment où par une cession nouvelle il a lui-même transporté à autrui cette qualité d'associé, il ne saurait pas plus être recherché par le cédant que par la société elle-même à raison d'obligations qui ont pris fin avec la détention des titres, qu'il s'ensuit que le cédant dans le cas ci-dessus prévu, où il est obligé de libérer les actions par lui

cédées, n'a de recours que contre le détenteur actuel, sur qui porte en droit la charge définitive du paiement ⁽¹⁾..... »

La dernière phrase que nous venons de citer indique nettement le résultat du système de la jurisprudence. Pour le souscripteur ou les cessionnaires d'actions avant la conversion au porteur, il n'y a de recours possible que contre le porteur actuel ; tous les porteurs successifs depuis la conversion qui ont eux-mêmes rétrocédé leurs titres sont entièrement libérés, tant à l'égard du cédant que de la société elle-même. Les souscripteurs ou cessionnaires avant la conversion, ont donc toutefois un recours : comment vont-ils pouvoir l'exercer ? Ici naît une question intéressante, et nous allons voir jusqu'à quelles conséquences extrêmes, la jurisprudence a cru devoir pousser l'application des principes qu'elle avait précédemment consacrés.

Depuis 1882, de nombreuses poursuites, nous le savons, ont été exercées à l'encontre d'actionnaires ayant possédé des actions non libérées de sociétés anonymes. Ces actionnaires, souscripteurs ou cessionnaires avant la conversion, étaient tenus vis-à-vis de la société, mais s'ils ne contestaient pas ce point, ils demandaient tout au moins à être garantis par leurs cessionnaires du paiement qu'ils étaient obligés d'opérer pour eux. Mais comment connaître les cessionnaires afin de pouvoir exercer contre eux l'action récursoire dont ils se prévalaient ? C'est en effet presque uniquement au moyen d'intermédiaires que s'opère la négociation des titres et par conséquent en

(1) D. P. 85.1.385 et suiv.

l'absence des parties contractantes et sans qu'aucune des deux soit connue de l'autre.

Les actionnaires, ainsi surpris, s'adressaient à l'agent de change qui avait opéré la vente et le sommait de lui révéler le nom de son acheteur. Mais les agents de change, s'abritant derrière le secret professionnel et les prescriptions du décret de prairial an X, ont toujours refusé de le faire connaître.

Un certain nombre de souscripteurs les ont alors assignés devant les tribunaux pour les y contraindre, en prétendant, non sans raison, que le décret de prairial an X ne forme pas une défense absolue à la révélation du nom de la partie pour laquelle l'agent de change a opéré une négociation; que cette révélation au contraire doit être faite toutes les fois que la nature de l'opération l'exige.

La jurisprudence a bien admis en principe l'interprétation qu'entendaient en faire ressortir les différents demandeurs, interprétation qui peut se traduire en ce sens que le secret ne doit plus être gardé toutes les fois qu'il résulte du marché conclu par l'agent de change, le principe d'une action au profit de l'un des contractants contre l'autre. Mais l'application pratique a été loin de leur donner satisfaction.

Tout d'abord les tribunaux et la Cour de cassation elle-même ont répondu à l'égard des demandeurs voulant exercer un recours contre les porteurs intermédiaires, que ce recours n'existant pas, il n'y avait pas lieu de contraindre l'agent de change à révéler les noms de ces derniers, aucune action ne pouvant être utilement introduite à leur encontre. C'était une conséquence fort logique tirée du système de la jurisprudence

à l'égard de la libération absolue, *erga omnes*, du cessionnaire intermédiaire d'un titre au porteur. Mais il ne faut point oublier que la jurisprudence reconnaît comme débiteur principal et définitif le dernier porteur, l'associé au moment de l'appel de fonds. — Et celui-ci comment l'atteindre? La jurisprudence tout en admettant le recours en droit, l'entoure en fait de difficultés pour ainsi dire insurmontables.

Comment! Je suis souscripteur d'une action non libérée, la conversion est votée par l'assemblée générale, je vends mon titre. — Deux ans ne sont point encore écoulés, la société fait un appel de fonds; le porteur actuel du titre est inconnu d'elle, elle s'adresse à moi, nul doute que je sois tenu : mais j'assigne l'agent de change par l'intermédiaire duquel j'ai vendu mon titre et je le somme d'avoir à me faire connaître le nom de l'acquéreur pour le compte duquel la négociation a été faite. Car, comment savoir quel est le dernier porteur si ce n'est en interrogeant mon cessionnaire qui lui-même me fera connaître le sien, s'il s'est personnellement défait de son titre; et pour le moment qui m'indique que mon propre cessionnaire n'a pas conservé le titre vendu par moi, et qu'il n'est pas lui-même par conséquent le détenteur actuel, l'associé obligé, celui sur lequel repose la charge du paiement. — Et dès lors est-ce que l'exception de l'article 19 ne se justifie pas pleinement, est-ce que la nature de l'opération n'exige pas la révélation du nom de ce cessionnaire? Est-ce qu'elle n'a pas fait naître une action à mon profit?

La jurisprudence ne veut pas qu'il en soit ainsi, et elle exige formellement du demandeur, pour contraindre

l'agent de change à la révélation du nom de la contrepartie, la preuve préalable, impossible à réaliser, que cette contrepartie, c'est-à-dire cet acheteur est demeuré propriétaire, impossible à réaliser, disons-nous, car si le vendeur ne le connaît pas, comment peut-il savoir que les titres en question ont continué à lui appartenir.

Lorsqu'il s'agissait du droit pour la société de poursuivre le recouvrement des sommes appelées sur des actions converties au porteur, nous avons vu la jurisprudence, qui ne tient dans ce cas-là pour libérer que ceux qui ont aliéné leurs actions, faire peser sur les porteurs la charge de la preuve. Vous avez été porteur d'un titre à un moment donné, autorise-t-elle la société à leur dire, il me suffit aux termes de l'article 1315, j'ai fait la preuve de mon obligation, à vous de prouver votre libération, c'est-à-dire l'aliénation du titre.

Pourquoi tenir un langage différent dans la question actuelle, et pourquoi en sens inverse ériger cette fois en présomption légale, à l'encontre du souscripteur qui veut exercer son recours, la rétrocession par le cessionnaire du titre qu'il avait acquis du souscripteur?

N'est-ce pas extrêmement rigoureux, n'est-ce pas aussi une inconséquence?

Ne serait-il pas plus vrai et plus naturel, au contraire, de supposer jusqu'à preuve du contraire, que l'acquéreur est resté propriétaire du titre? Au surplus, quel est le but véritable de la défense édictée par l'article 19 : l'intérêt même des clients des agents de change auxquels elle est imposée : mais si le titre a été rétrocédé par celui dont on demande à connaître le

nom, il ne sera plus tenu, et dès lors quel préjudice pourra-t-il ressentir de ce qu'il aura été connu?

Mais la jurisprudence ne veut pas davantage que le vendeur se serve de ce moyen pour arriver ainsi successivement, ce qui serait encore assez simple, au dernier porteur, et la raison passablement subtile qui en est donnée mérite d'être examinée : « Attendu, en outre, dit l'arrêt de cassation, que nous venons de citer, que le recours du cédant contre le détenteur des titres ne tire point son origine du contrat de cession, mais uniquement de ce fait, qu'ayant payé à la société la dette du détenteur, le cédant se trouve subrogé par cela même aux droits et actions de la société contre lui; — d'où la conséquence que n'ayant plus de droits que la société elle-même et n'en puisant aucun dans la nature de l'opération qu'il avait faite à la bourse de Lyon par l'intermédiaire de Thouverey, l'*Omnium* marseillais était, dans l'espèce, sans action contre cet agent de change pour le contraindre à révéler le nom du cessionnaire des actions objet du procès⁽¹⁾. »

Ainsi donc la Cour de cassation refuse au souscrip-

(1) Voir cependant un arrêt de la cour de Paris en date du 11 janvier 1884, qui, quoique ne statuant pas directement sur cette même question, émet cependant des principes qui paraissent contraires à ceux consacrés par la Cour de cassation. Nous détachons, dans l'intitulé de l'arrêt, les deux paragraphes suivants :

« Toute vente d'actions non libérées est réputée contenir la stipulation que l'acheteur s'oblige aux versements promis par l'actionnaire primitif.

« Cette clause implicite, parfaitement valable, aux termes de l'article 1121 du Code civil, profite tant au vendeur qu'à la société elle-même, et confère à celle-ci une action directe contre toute personne convaincue d'avoir en sa possession des actions. »

Il s'agissait, bien entendu, dans l'espèce, de titres au porteur (*Journal des sociétés*, 1885, p. 412).

teur qui a payé un recours, non seulement à l'encontre de son cessionnaire immédiat, mais même, du moins en tant qu'agissant en son nom personnel, à l'encontre du porteur même du titre, qu'elle considère pourtant comme le véritable débiteur. Ce recours, elle ne le lui reconnaît que comme étant subrogé aux droits de la société qu'il a désintéressée; d'où il suit que n'agissant qu'au nom de la société qu'il représente, il se trouve, en cette qualité, aussi complètement étranger à l'opération de vente qu'il a faite de son titre, que la société elle-même, et devient absolument sans droit de réclamer aucun éclaircissement sur la partie qui a figuré avec lui à ce contrat.

Laissant de côté ce que ce système a de rigoureux en pratique; puisqu'il rend pour ainsi dire impossible pour le souscripteur l'exercice d'un recours qu'on reconnaît lui appartenir, voyons si en droit ce raisonnement de la Cour de cassation est exact : Est-ce bien vrai que le souscripteur qui a payé n'a en mains contre le détenteur du titre, en nous plaçant toujours dans l'hypothèse que le détenteur est tenu, que l'action de la société dans laquelle il a été subrogé, et qu'il n'a point en même temps une action personnelle? Bien entendu nous admettons par hypothèse, pour suivre la Cour de cassation dans l'intégrité de son raisonnement, que le recours fait défaut à l'encontre du porteur intermédiaire parce que, comme le dit l'arrêt, les obligations du porteur prennent fin avec la détention même du titre, l'action personnelle qui avait pu naître du contrat de vente contre l'acquéreur direct, et qui a cessé d'exister à son encontre lorsqu'il s'est défait lui-même du titre qui formait le lien de son obligation,

cette action a-t-elle absolument péri, ne s'est-elle pas plutôt transmise sur la tête du nouvel acquéreur avec l'action elle-même, dont elle ne forme qu'un accessoire, et n'est-elle pas parvenue ainsi successivement jusque sur la tête du dernier porteur?

Ce point de vue qui nous semble plus d'accord avec les principes généraux du droit, devrait entraîner à notre avis cette conséquence que le cédant aurait toujours le droit de contraindre l'agent de change qui a été l'intermédiaire de la vente, à lui révéler le nom de son acquéreur, parce que c'est le moyen pour ainsi dire unique et nécessaire de parvenir à connaître le véritable porteur.

En résumé, nous pensons qu'en tout état de cause le souscripteur, qui a dû payer les versements non effectués sur un titre vendu par lui, a toujours le droit d'exiger que le nom de son acquéreur lui soit révélé par ce motif que ce dernier, en admettant même, si l'on veut, qu'il ne soit plus tenu s'il a lui-même revendu son titre, doit être néanmoins réputé dernier porteur à l'égard de son vendeur tant qu'il n'a pas fait la preuve de cette aliénation. Et cette aliénation eût-elle été faite, le droit n'en persiste pas moins pour le souscripteur de rechercher ainsi, à travers les transmissions successives du titre, celui qui le détient actuellement et qui, en définitive, doit répondre à son action.

M. Poidebard, dans un article publié dans la *Revue des sociétés*, termine une étude fort intéressante de la question par un dernier argument qui, quoique de fait, n'est peut-être pas sans valeur :

« Il y a enfin, dit-il, une dernière hypothèse qui

n'est pas la moins intéressante : Le souscripteur a remis les titres à l'agent de change; celui-ci les a gardés dans sa caisse et c'est lui qui est le dernier porteur. La situation bien qu'irrégulière est possible. Les récents événements financiers ont trouvé entre les mains des agents de change de nombreux titres cédés sans acheteurs. Cet agent peut-il opposer le secret professionnel au vendeur qui a effectué les versements complémentaires? C'est demander s'il peut se dispenser de payer sa propre dette. Il n'est pas admissible qu'un principe, admis dans l'intérêt de ses clients, puisse devenir, pour un officier ministériel, un secours contre la responsabilité qu'il a encourue en manquant aux règles de sa profession ⁽¹⁾. »

Signalons enfin une dernière question. Dans le système de la jurisprudence où tout recours est refusé au souscripteur à l'encontre de l'acquéreur d'une action au porteur qui a revendu son titre, que faudrait-il décider, dans le cas où l'opération aurait porté sur un titre qui serait resté nominatif malgré le vote de conversion?

Nous pensons qu'il faudrait, quoique soit, lui appliquer les mêmes règles. L'article 3, en effet, a pris soin de nous dire que les effets du vote de conversion étaient identiques, soit qu'après ce vote les actions aient été converties au porteur, soit qu'elles aient été conservées nominatives. C'est ainsi du reste qu'au nom de l'égalité devant régner entre tous les actionnaires, ce principe a été admis au regard de la société. La jurisprudence, en

(1) *Journal des sociétés*, année 1884, pag. 122. Voy. en outre la note de M. Labbé sous cassation (S. 83.1.49), et la note de M. Lyon-Caen sous arrêt de la cour de Lyon (S. 83.2.593).

effet, en ce qui concerne les droits de la société ne fait aucune distinction et déclare tous les actionnaires postérieurs à la conversion entièrement et immédiatement dégagés par la revente du titre.

SECTION II.

Droits du syndic en cas de faillite.

Nous avons examiné, dans la section précédente, quels étaient les droits de la société pour le recouvrement des sommes formant le solde à verser sur les actions non libérées. Nous avons vu ainsi quelles personnes devaient supporter en définitive les versements restant à effectuer. Sur ce point nous n'avons plus à revenir, et que l'action soit intentée par la société elle-même, ou par un liquidateur, voire un syndic, il n'y a aucune différence, c'est toujours aux mêmes personnes que ces différents demandeurs doivent ou peuvent s'adresser. N'y en a-t-il pas une, au contraire, et fort importante en réalité, sinon quant aux personnes à poursuivre, du moins quant à l'étendue ou quant à l'exercice des poursuites elles-mêmes, lorsque, au lieu de la société, procédant à un appel de fonds c'est, après la déclaration de faillite, le syndic qui poursuit le recouvrement de l'actif de la société?

Expliquons-nous, et posons immédiatement la question dont nous allons essayer de trouver la solution.

Lorsque la société est debout, qu'elle se gère elle-même, s'il est fait un appel de fonds sur les titres non libérés, c'est en vertu évidemment d'une délibération de l'assemblée générale, ou tout au moins du conseil

d'administration si les statuts lui en donnent le pouvoir. Cette mesure, qui est ainsi ordonnée par la société elle-même, se justifie par les besoins de son fonctionnement, et ne saurait être critiquée par certains actionnaires isolément, puisqu'elle est l'œuvre de la majorité, et qu'elle s'impose par conséquent à tous les associés dont elle est devenue la loi commune.

Au contraire, la société est en faillite, le syndic entre en fonctions, décide que la totalité des sommes restant à verser sur les titres non libérés sera mise en recouvrement par ses soins. Est-ce que cette décision du syndic, comme dans le cas précédent la décision de l'assemblée générale, s'impose d'une façon absolue aux diverses catégories d'actionnaires qui sont responsables des versements à faire; et ces derniers n'ont-ils aucunes critiques à élever, aucuns moyens de défense à faire valoir?

La jurisprudence les repousse sans distinction. Aux termes de l'article 1845 du Code civil, disent la plupart des arrêts, « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter, » en conséquence, nul actionnaire ne saurait par aucun moyen se soustraire à l'exécution de ses engagements.

Ce n'est pas là la question. Nous ne nous trouvons plus, en effet, en présence de la société, mais en présence des créanciers représentés par le syndic; or, s'il est vrai, comme le dit l'article 1845, que chaque actionnaire soit tenu vis-à-vis de la société de verser immédiatement le montant total de son engagement si la société le lui demandait, en peut-il être de même vis-à-vis des créanciers? En réalité, de quoi cet actionnaire est-il tenu exactement à l'égard de ces der-

niers? A l'égard des créanciers, il est tenu simplement de l'extinction du passif et à concurrence seulement de sa mise et jusqu'à épuisement total si cela est nécessaire. Voilà son obligation.

Cette obligation ainsi formulée, et il est impossible de l'étendre, autorise-t-elle le syndic à exiger de chaque actionnaire, quel que soit le passif de la société, le paiement immédiat du montant total des sommes restant à verser sur les actions qu'il détient, sans tenir compte de l'importance du passif de la faillite.

Aucun texte de loi ne le dit, et si la jurisprudence attribue au syndic un droit aussi exorbitant, la raison en est qu'elle considère, d'une part, que c'est le seul moyen d'établir l'égalité entre tous les actionnaires quant à la charge du passif, et, d'autre part, que cette manière de procéder simplifie les opérations de la faillite.

L'égalité entre actionnaires, disent certains arrêts, se trouve ainsi rétablie, car il est vraisemblable qu'au moment de la faillite un certain nombre d'actions se trouveront libérées par avance, et il serait dès lors bien injuste de faire supporter une charge plus lourde aux titulaires de ces actions ainsi libérées parce qu'ils ont été plus diligents ou plus empressés dans l'exécution des engagements contractés; or, en contraignant tous les actionnaires à la libération totale de leurs actions, la situation de chacun devient équivalente, et si, après l'extinction du passif, il reste un excédent entre les mains du syndic, cet excédent devra être proportionnellement réparti entre tous les actionnaires.

En théorie, et au premier abord, ce raisonnement

semble parfait; il est pourtant fort critiquable, nous allons le démontrer.

D'abord, si c'est seulement pour parvenir à égaliser les versements entre tous les associés qu'on oblige les porteurs d'actions non libérées à verser le solde intégral, sous prétexte qu'il existe des actions complètement libérées, on nous permettra de dire qu'il serait bien plus simple d'exiger des porteurs d'actions non libérées, au lieu de la totalité du non versé, la simple quotité nécessaire pour payer le passif d'abord et ensuite pour rembourser au besoin aux actions entièrement libérées, somme suffisante pour ramener les versements opérés sur ces titres au même chiffre que ceux effectués sur les actions non libérées.

Mais est-ce que les tribunaux ignorent ce qui se passe dans la pratique. Comment! Il est question d'égalité entre actionnaires, et c'est pour ce motif que l'on reconnaît au syndic le droit d'exiger la totalité au besoin du non versé, sans avoir à faire à l'actionnaire ainsi poursuivi aucune justification ni du passif à éteindre, ni des poursuites intentées contre ses coassociés, poursuites auxquelles il est pourtant intéressé puisque l'excédent des sommes ainsi recouvrées, devra être proportionnellement réparti après le paiement du passif. Eh bien, ce droit exorbitant devient entre les mains du syndic la négation même de l'égalité entre actionnaires. En pratique, en effet, le syndic se soucie peu de faire payer à chaque actionnaire le montant total des sommes restant à verser, sauf à répartir l'excédent proportionnellement, à la fin des opérations de la faillite; ce qui l'occupe bien plus que d'établir l'égalité entre actionnaires, c'est de re-

couvrer somme suffisante pour solder le passif, et alors, comme la jurisprudence le dispense de toutes justifications, et n'admet à l'égard de l'actionnaire aucun moyen de défense, il réclame à sa guise à chaque actionnaire soit la totalité, soit une partie seulement, soit une somme quelconque par lui fixée arbitrairement, et sans qu'il y ait aucune égalité dans la quotité ainsi réclamée aux différents actionnaires, la solvabilité de chacun, ainsi pesée et mesurée à l'avance sans contrôle et sans appel, servant seule de base au chiffre de ses demandes.

N'est-ce pas là le caprice ou l'arbitraire substitué à l'égalité que la jurisprudence prétend obtenir. Et impossible de nier que dans la pratique il en soit ainsi, tous les dossiers, hélas trop nombreux, des sociétés par actions, entraînées depuis quelques années dans la faillite, seraient là pour protester.

Au surplus, les opérations n'en sont en aucune manière simplifiées, et le seraient-elles, ce motif, d'ordre secondaire, resterait tout à fait insuffisant, on en conviendra, pour faire admettre une aggravation aussi considérable des charges qui pèsent sur les actionnaires porteurs de titres non libérés.

Le droit du syndic? Il est limité, comme le droit des créanciers dont il est le représentant. Et le droit des créanciers ne peut être autre que d'exiger le paiement de ce qui leur est dû. Essaierait-on de soutenir que le syndic n'est pas seulement le représentant des créanciers, mais qu'il représente également la société et qu'à ce titre il a, à l'égard des actionnaires débiteurs des sommes versées, les mêmes droits que la société elle-même, ce serait là une erreur. Le syndic, en effet,

représente surtout les créanciers, et si parfois il agit également au nom des actionnaires, comme, par exemple, lorsqu'il engage au nom des uns et des autres une action en responsabilité contre les administrateurs ou fondateurs, le plus souvent il représente au contraire exclusivement les créanciers, comme précisément lorsqu'il poursuit en leur nom la masse des actionnaires, car comment représenterait-il la société, agissant contre l'ensemble des associés. S'il est possible, en effet, même après la faillite, de conserver à la société sa personnalité distincte de celle des associés, ce ne peut être que dans la mesure stricte des nécessités absolues que crée cette situation de faillite, et sans pouvoir en étendre la portée. Si donc, le syndic agit à l'encontre des actionnaires pour obtenir le recouvrement des sommes restant à verser, c'est au nom des créanciers et des créanciers seuls qu'il agit, et, par conséquent, exclusivement dans la mesure de leurs droits. Et, nous le répétons, les créanciers ne peuvent avoir d'autre droit que celui d'exiger le paiement du montant de leurs créances.

Pour que l'actionnaire puisse être recherché, il faut donc qu'il y ait un passif. Il est vraisemblable qu'il en existe un puisque la faillite a été prononcée, mais quel est le montant de ce passif, quelle est la somme nécessaire pour y faire face?

Cette somme, les actionnaires la doivent, et jusqu'à épuisement total, s'il le faut, du fonds non versé, ils la doivent solidairement entre eux, si l'on veut, répondant les uns pour les autres de leur solvabilité réciproque. Mais ils ne doivent rien de plus. Or exiger d'eux le paiement d'une somme supérieure à celle qui repré-

sente le montant total du passif, serait-ce sauf remboursement postérieur de l'excédent, c'est faire payer à l'actionnaire plus qu'il ne doit.

L'actionnaire, en effet, ne doit pas ferme le non versé, il ne le doit qu'éventuellement. Il n'est pas comme un débiteur pur et simple de la société, qui, dans tous les cas, et sans avoir à s'immiscer dans ce qui concerne le passif ou l'actif de la société, doit payer la totalité de sa dette, il ne doit, au contraire, que d'une façon conditionnelle, c'est-à-dire s'il y a un passif; et la quotité de sa dette, qui ne peut pas cependant dépasser le montant de sa mise est indéterminée, c'est-à-dire subordonnée à l'importance du passif.

En terminant et pour montrer l'iniquité du système de la jurisprudence, construisons une hypothèse.

Une société est en faillite, les actions sont nominatives et libérées du quart seulement, le syndic réclame aux actionnaires le paiement du solde. Voici un actionnaire, titulaire de deux cents actions, il a donc versé 25,000 francs. On lui réclame 75,000 francs restant à verser. Il a 25,000 francs en capitaux et un immeuble d'une valeur de 60,000 francs, si l'on veut : il est solvable, mais il ne peut payer parce qu'il ne peut se défaire facilement et surtout rapidement de son immeuble. Le syndic non payé, saisit l'immeuble et le fait vendre, il est adjugé vraisemblablement bien au-dessous de sa valeur, et l'actionnaire se trouve complètement ruiné sans avoir même pu faire face aux versements demandés; sa ruine est même si complète que le syndic, resté créancier, le poursuit encore et l'empêche ainsi de s'établir. — Pendant ce temps, les opérations de la faillite se poursuivent lentement, le passif, épluché avec soin,

s'est considérablement réduit, les prévisions sur l'insolvabilité des actionnaires n'ont point été atteintes, si bien que l'on reconnaît, tous comptes faits, qu'une somme de 25,000 francs (les 25,000 francs espèces que possédait l'actionnaire), là où le syndic en a fait payer 75, était parfaitement suffisante. Mais qu'importe, ne vait-on pas rembourser aux intéressés ce qu'on leur a fait verser en trop? Qu'importe, nous dit-on? Trop tard, répondrons-nous, car vous avez au préalable consommé la ruine de cet actionnaire, et si vous pouvez aujourd'hui lui restituer les sommes que vous lui avez fait verser en trop dans la caisse de la faillite, vous êtes impuissant à le relever de la ruine et à lui rendre la situation que vous lui avez fait perdre.

De tels résultats, qui n'existent pas seulement en hypothèse, mais qui sont au contraire fréquents dans la pratique, ne suffisent-ils pas pour faire rejeter un système, qui ne s'appuie d'ailleurs sur aucune base juridique sérieuse?

Certains auteurs ⁽¹⁾ sont même allés beaucoup plus loin, et ont émis cette opinion, en la limitant toutefois peut-être au cas d'actions au porteur, qu'après la fail-

(1) M. Labbé, notes. Sirey, 79.2.33, et 80.1.5. — On part, à notre avis, dit le savant professeur, d'un principe inexact, à savoir qu'en tout cas, même après la dissolution de la société, chaque actionnaire doit le versement intégral de la mise souscrite. Oui, il la doit, quand la société subsiste et fonctionne, non quand elle est dissoute et en liquidation. Dans ce dernier cas, l'actionnaire ne doit plus de versement que dans la mesure où cela est nécessaire pour l'acquittement du passif. Ce que chacun doit est déterminé par la répartition du passif entre tous. Comme ils ne sont pas solidaires, l'un n'est pas tenu de payer, quoique ce soit au delà de cette mesure, à raison de l'insolvabilité ou de l'insaisissabilité de ses codébiteurs.

lite, chaque actionnaire n'était plus tenu qu'à concurrence de sa part dans le passif, l'insolvabilité de ses coassociés devant être exclusivement supportée par les créanciers eux-mêmes. Cette opinion, si elle est limitée, comme nous le croyons, au cas d'actions au porteur, se fonde sans doute sur ce que, après la conversion, c'est le titre seul qui doit, et que, par conséquent, il ne peut plus y avoir de solidarité en l'absence de débiteurs personnels. Nous ne pensons pas que ce point de vue puisse être admis, car alors même que le titre seul resterait débiteur désormais, ce qui est contesté par la jurisprudence, les actionnaires tenus personnellement, soit comme souscripteurs primitifs, soit comme cessionnaires antérieurs au vote de conversion, n'en continueraient pas moins d'être solidaires, car si l'on ne conçoit pas la solidarité s'établissant entre un titre et une personne, au contraire, pourquoi les actionnaires primitifs, tenus solidairement, cesseraient-ils de l'être, et seraient-ils dégagés ainsi de partie de leurs engagements?

CONCLUSION.

PROJET DE LOI SUR LES SOCIÉTÉS. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Nous venons dans la dernière partie de cette courte étude, celle qui concerne la législation actuelle, de passer en revue les questions nombreuses, les difficultés multiples et les controverses sans issues qu'a fait naître l'article 3 de la loi de 1867.

Après un tel examen, qui nous a montré la jurisprudence et la doctrine se séparant nettement sur les points les plus importants, il est une conclusion qui s'impose, conclusion d'ailleurs sur le principe de laquelle tout le monde serait, croyons-nous, d'accord, c'est la refonte législative de l'article 3.

Mais que doit être cette refonte ? doit-elle avoir pour but simplement une rédaction plus claire et plus nette des principes déjà consacrés par la jurisprudence ou les auteurs, doit-elle apporter au contraire une réforme complète dans les dispositions qui devront régir désormais les formes de l'action, cet élément essentiel des sociétés anonymes ?

Une rédaction nouvelle améliorerait certainement cette matière et, en fixant d'une façon précise et définitive les points qui ont été jusqu'ici controversés,

écarterait pour l'avenir les surprises parfois pénibles qu'une interprétation problématique réservait aux actionnaires. Mais en rendant plus claires les complications nombreuses auxquelles donnent lieu les actions non libérées, on ne les ferait point disparaître.

Ce qu'il faut, à notre avis, ce n'est donc pas un commentaire net et précis de l'article 3, mais une réforme complète.

Tous ceux qui, de près ou de loin, dans la pratique des affaires, ou dans la sphère plus sereine de la théorie pure, ont étudié cette matière, ont pu se convaincre des inconvénients sans nombre qu'entraînent les actions non libérées. La jurisprudence, dans ces dernières années, par certaines décisions d'une sévérité exagérée à l'égard des actionnaires, en en soulignant un grand nombre, en a particulièrement fait sentir la gravité.

A toutes les époques, d'ailleurs, depuis que l'action existe, la question de libération et de responsabilité des actionnaires a préoccupé les esprits, et constamment le législateur, tantôt par une extension de la liberté, tantôt par une réglementation plus sévère, s'est ingénié à les faire disparaître. C'est ainsi qu'on a tour à tour créé des combinaisons, la plupart du temps incompréhensibles, toujours d'une difficulté pratique presque insurmontable. Et pourquoi donc tant d'efforts, pour conserver une chose que l'expérience condamne d'une façon définitive : l'action non libérée.

Avec l'action qui n'est pas entièrement libérée, en effet, si toutes les actions sont nominatives, voici un souscripteur ou un cessionnaire ayant revendu son titre, ne faisant plus par conséquent partie de la

société, n'y ayant plus aucun intérêt, ne touchant plus aucun bénéfice, n'ayant rien à espérer de la prospérité et des chances de bonne fortune qui pourront échoir à la société, ne possédant plus enfin aucun droit de contrôle ou de surveillance, et conservant pourtant, contre toute équité et toute justice, et cela pour une durée indéfinie, la charge des risques. Il est pourtant bien sorti et définitivement de la société, et il restera cependant ainsi tenu indéfiniment, il n'y aura même pas une prescription qui fera cesser son obligation? N'est-ce point exorbitant?

Mais tenu vis-à-vis de la société, dira-t-on, il aura toujours son recours contre son cessionnaire ou même les cessionnaires de ce dernier si le titre a de nouveau changé de mains. Mais qui sera son cessionnaire et comment s'assurer de sa solvabilité, les ventes de titres ne mettent pas en présence acheteurs et vendeurs, la chose se passe sous le manteau de l'agent de change, le recours reste donc d'un effet fort problématique; d'ailleurs ne faudra-t-il pas d'abord faire face aux réclamations de la société sans attendre le résultat du recours, et n'est-ce point déjà pour l'actionnaire, ainsi inquiété, un véritable danger de ruine.

Si l'action est convertie au porteur, le danger s'aggrave pour le souscripteur ou le cessionnaire antérieur à la conversion, c'est-à-dire pour les actionnaires qui ont possédé l'action nominative. Il est vrai qu'on en abrège la durée par une prescription de deux années; mais il s'aggrave en ce que le recours, de problématique qu'il était, devient absolument impossible. Nous avons vu, en effet, que la jurisprudence délire de tout engagement, non seulement vis-à-vis de la société,

mais aussi vis-à-vis de son cédant, le cessionnaire d'une action au porteur qui n'a pas conservé son titre; qu'elle considère le dernier porteur comme seul tenu et qu'enfin elle repousse la prétention du souscripteur voulant exercer son recours qui demande que l'agent de change, par l'intermédiaire duquel la vente a été opérée, soit contraint de révéler le nom de son acheteur, sinon pour atteindre ce dernier s'il n'est plus détenteur du titre, tout au moins pour parvenir ainsi successivement jusqu'au dernier porteur, celui-là seul qui est tenu.

Ces inconvénients, si graves cependant, que nous avons déjà rencontrés en parcourant les interprétations et les controverses, ne sont pas les seuls, ce sont les plus directs, ceux qui apparaissent immédiatement, à l'examen même rapide de la loi telle que la jurisprudence l'interprète, mais si l'on pénètre dans la réalité de la pratique, quel cortège d'obstacles et de difficultés!

On a dit avec raison, croyons-nous, que la cause directe du krach formidable de 1882 était l'excès de l'esprit de spéculation qui, devenu effréné chez les gens de bourse, s'était peu à peu emparé de la grande majorité des capitalistes; on pourrait dire avec non moins de vérité que si les effets s'en sont perpétués aussi longtemps, et ont pénétré partout si profondément qu'ils ont provoqué une crise presque générale, c'est que les actions, qui servaient d'aliment à cette spéculation désordonnée, étaient des actions non libérées.

Pour s'en convaincre, il suffit d'ouvrir les recueils de jurisprudence qui datent de ces dernières années,

on y verra, en effet, que la plus grande partie des procès, et Dieu sait s'ils sont nombreux, auxquels ont donné lieu les désastres financiers, s'agitent autour des actions non libérées.

Avec l'action non libérée, la chute d'une société se répercute à l'infini, jetant dans tout le pays la perturbation dans les fortunes. Le capitaliste, en effet, qui, trompé par les promesses d'un prospectus ronflant, a versé tout ou partie de son avoir, dans l'espoir de réaliser un bénéfice rapide, se trouve cruellement déçu, lorsqu'il s'aperçoit qu'il a été dupe de sa crédulité, mais presque toujours sa confusion suffit à l'empêcher de se plaindre, si sa perte se borne, bien entendu, aux fonds déjà engagés ; mais si au contraire à la perte subie, vient s'ajouter la nécessité de faire face à des engagements pour ainsi dire presque ignorés de celui qui les a pris, et qui d'ailleurs dépassent la plupart du temps l'étendue de ses ressources, la situation se transforme, et l'actionnaire ne cherche plus qu'une chose : échapper à cette écrasante responsabilité, et se soustraire par tous les moyens aux poursuites dont il va être l'objet. C'est ainsi qu'il vend ses immeubles, se défait de tous ses objets mobiliers par des cessions fictives ou réelles, le plus souvent fictives, ce qui est encore une source de procès, espérant de la sorte, mais en vain, se mettre à l'abri. Partout, en effet, la saisie le menace, quelque entreprise qu'il recherche ou quelque profession qu'il aborde, à tel point qu'il ne peut plus avoir d'intérêts nulle part, tant que sa situation vis-à-vis du syndic n'est pas liquidée. Et si l'on réfléchit à la masse énorme de titres non libérés qu'au temps de la prospérité financière qui a précédé 1882 on a ainsi jetés dans le public

et qui attendent aujourd'hui la libération, on se rend compte alors du trouble profond apporté par cet état de choses dans le mouvement économique du pays.

Il y a donc là un véritable danger pour la prospérité publique.

A l'égard des actionnaires eux-mêmes, il y a, de la part de la loi qui prétend les protéger, presque une complicité avec ceux qui mettent tout en œuvre pour les tromper.

En autorisant, en effet, une société à émettre des actions libérées du quart seulement, on permet au banquier chargé du placement des titres d'obtenir de la crédulité du client, dont il a su capter la confiance, une souscription beaucoup plus forte. Avec la même somme, en effet, le même capitaliste pourra souscrire quatre fois plus d'actions que si elles étaient entièrement libérées. Sans doute, s'il était prudent, au lieu d'employer ainsi toute la somme dont il dispose, il en devrait réserver les trois quarts pour faire face aux versements restant à effectuer, au cas où il aurait à répondre à des appels de fonds. Mais cette prudence, d'ailleurs problématique, le prospectus ou le banquier l'aura bientôt endormie. Le non versé, lui dira-t-on, mais jamais on ne le demandera aux actionnaires, la société n'a que faire de cette somme qui ne doit représenter dans son fonctionnement qu'un simple fonds de garantie, et l'actionnaire le croira, et il le croira d'autant plus volontiers qu'espérant faire un bénéfice sur les actions qu'il souscrit, il se dira que ce bénéfice sera d'autant plus sérieux qu'il aura acheté ou souscrit un plus grand nombre d'actions. Mais ce n'est que plus tard, lorsque se produira la débâcle, que tout

changera de face, et que le souscripteur qui a ainsi versé tout son capital disponible et s'est engagé follement, en outre, pour une somme triple, s'apercevra de son imprudence alors qu'il n'aura plus, d'ailleurs, le plus souvent, qu'une perspective, la ruine. Mais qu'importe, le banquier émetteur aura pu, grâce au capital réduit exigé pour devenir actionnaire, placer la totalité des actions.

Enfin l'égalité entre actionnaires, si essentielle dans les sociétés, n'est plus qu'un rêve, grâce aux actions non libérées. En vertu de la solidarité, en effet, l'insolvabilité des uns pèse sur les autres, et tandis que ceux-ci, grâce à leur insolvabilité réelle ou apparente, échappent aux risques et aux responsabilités, leurs coassociés se voient obligés de supporter toute la charge du passif. Il n'en serait point ainsi si, dès le début, l'action était entièrement libérée, la mise de chacun serait égale dans la proportion de ses droits.

Les créanciers, enfin, aux droits desquels on sacrifie si volontiers la liberté des conventions dans la matière des sociétés, ne subiraient plus, si l'action était entièrement libérée, l'illusion, qui entraîne et capte leur confiance, de ce capital énorme dont les trois quarts sont encore entre les mains des actionnaires. Se trouvant en face d'une société en possession de son capital, ils pourraient traiter avec elle en connaissance de cause, car la publicité donnée au bilan ne permet pas à une société anonyme de cacher sa situation, du moins d'une façon assez complète pour qu'un œil clairvoyant n'y puisse pénétrer. Si les tiers traitent, au contraire, en prévision de la garantie qui peut résulter pour eux des sommes restant à verser

par les actionnaires, quelle déception les attend lorsqu'il s'agira d'en opérer le recouvrement après qu'une liquidation ou une faillite aura clôturé les opérations sociales. On verra au juste, à ce moment, ce que valait cette garantie ; mais trop tard.

Pourquoi donc la loi autorise-t-elle la création et la négociation d'actions non libérées, à quel intérêt d'ordre supérieur croit-elle obéir quand elle ne se sent point arrêtée par toutes ces difficultés et tous ces inconvénients accumulés ?

La loi, en autorisant ainsi la constitution des sociétés anonymes ou en commandite au moyen d'actions libérées en partie seulement, croit obéir évidemment à des nécessités économiques.

D'une part, en effet, disent les défenseurs de l'action non libérée, nombre de sociétés, par leur but social lui-même, sont contraintes de se former avec un capital nominal considérable, capital inutile aux opérations sociales journalières, mais nécessaire pour servir de garantie aux tiers qui traiteront avec la société, les sociétés d'assurances, par exemple, et, dans une certaine mesure, les sociétés de crédit ; d'autres, celles qui ont pour but une entreprise considérable et d'une certaine durée et qui, ayant besoin d'un énorme capital, n'auront pourtant à l'utiliser qu'au fur et à mesure de l'avancement des travaux entrepris, n'ont pas besoin non plus de réclamer d'un seul coup à leurs actionnaires le montant total de leurs engagements. Dès lors, pour toutes ces sociétés, l'action non libérée est un instrument nécessaire, parce qu'en réduisant dans une proportion considérable la somme exigée du souscripteur au moment de la souscription,

se contentant d'un engagement pour le surplus, elle lui permet d'obtenir la souscription de son capital social tout entier, ce qu'elle n'obtiendrait pas si ce capital, trop considérable, était immédiatement exigé. En supprimant l'action non libérée, on empêcherait donc les grandes entreprises, sociétés d'assurances, ou sociétés ayant pour but la construction des canaux, chemins de fer, etc., en un mot, les sociétés qui jouent le rôle le plus important et le plus fécond dans le développement économique d'un pays, de se former, et par là on enlèverait aux sociétés par actions leur plus puissant élément de crédit.

Heureusement, ces conséquences si graves ne sont point à redouter, et l'action non libérée peut disparaître de nos habitudes sans qu'un tel coup soit porté aux sociétés par actions.

Il n'est pas exact, en effet, de dire que l'existence de l'action non libérée soit nécessaire pour la formation des grandes sociétés auxquelles nous faisons allusion tout à l'heure.

Tout d'abord, en ce qui concerne les sociétés d'assurances ou les sociétés de crédit, celles, en un mot, qui, ayant un important capital nominal, n'ont pourtant besoin, pour leur fonctionnement, que d'un fonds beaucoup plus réduit, celles, par conséquent, qui se servent le plus de l'action non libérée, il est bon de faire observer que telles de ces sociétés qui auraient en caisse, au lieu de l'avoir, pour partie du moins, entre les mains de ses actionnaires, son capital tout entier, n'aurait pas besoin d'un capital aussi élevé, car la garantie serait tout autre; nous savons, en effet maintenant, à quels risques se trouve exposé le re-

couvrement du fonds social non versé. Partant, cette difficulté que l'on invoque, de pouvoir obtenir des souscriptions en rapport avec le capital nécessaire, serait considérablement amoindrie.

Mais n'est-il pas d'autres moyens que l'action non libérée pour arriver au résultat que l'on cherche, et qui n'est autre que d'obtenir la souscription et le paiement du capital important que nécessite une société fondée en vue des plus grandes entreprises.

L'esprit de la finance ou du commerce est certes assez fécond et assez ingénieux pour les trouver, s'il est besoin, mais il en existe un certain nombre assez simples, d'ailleurs, malgré les difficultés que la loi s'est plu à multiplier.

C'est ainsi qu'une société pourra, par exemple, au lieu de se constituer au capital considérable et définitif qu'elle entrevoit comme devant être nécessaire, alors qu'elle atteindra l'apogée de son développement, sauf à ne réclamer qu'en cas de besoin et successivement le fonds souscrit mais non versé, c'est ainsi, disons-nous, que cette société pourra se former néanmoins, avec le même but et les mêmes ambitions, au moyen d'un fonds social beaucoup plus réduit mais entièrement versé, car ne pourra-t-elle pas, au fur et à mesure de son développement, procéder à des augmentations successives de son capital, ce qui lui procurera le même résultat que si elle faisait un appel de fonds sur des actions non libérées.

Ne pourrait-elle pas également au lieu d'augmenter ainsi successivement son capital, émettre des obligations dans la mesure de ses besoins.

Mais, dira-t-on, pour procéder ainsi, il est indis-

pensable que la société soit prospère? Sans doute. Mais s'il en est autrement, les actionnaires n'auront qu'à se féliciter de ne s'être point engagés au delà des sommes versées, car ce n'est pas l'appel de fonds, fait dans un moment critique, qui pourrait jamais sauver une société dont la ruine est imminente. Dans ce cas, en effet, l'actionnaire se dérobe, et avant que les poursuites aient pu être entamées ou du moins menées à fin, la chute est devenue définitive.

Il est encore un autre moyen que la loi interdit et qui permettrait de faire souscrire plus facilement le capital social, c'est de le diviser, de le fractionner en des parts plus petites. De la sorte, un plus grand nombre de personnes peuvent prendre part à la souscription, la petite épargne, et c'est la plus nombreuse, peut participer à l'émission et favoriser ainsi la naissance et le développement des plus puissantes sociétés. Mais c'est précisément ce que la loi ne veut pas. On trouve que la grande masse des gens qui épargnent un salaire modique méritent d'être protégés plus particulièrement que les autres contre les entreprises des financiers sans scrupules, et cela d'autant plus qu'ils sont plus ignorants, et, par conséquent, plus faciles à tromper. La loi ne permet donc pas d'émettre des actions ou coupons d'actions de moins de 100 fr. pour les sociétés dont le capital est inférieur à 200,000 fr. et de moins de 500 pour les autres. Cette protection que l'on impose ainsi à un nombre aussi considérable de personnes, dont on prolonge bien malgré elles, la minorité, n'est-elle pas excessive, bien plus est-elle efficace? Avec l'action non libérée, assurément non, puisqu'il suffit de verser 125 fr. pour devenir proprié-

taire d'une action de 500, et si l'actionnaire est aussi facile à tromper qu'on le croit, il sera bien aisé de lui laisser le bandeau sur les yeux en ce qui concerne l'engagement qu'il prendra, sans s'en douter, de verser 375 fr. de plus quand on les lui demandera : de telle sorte que cela devient tout aussi facile de lui faire souscrire une action de 500 fr. qu'une action de 125 ; toutefois, si l'affaire tourne mal, ce malheureux actionnaire ne perdra pas seulement l'argent déboursé, mais devra encore, grâce à la protection de la loi, y ajouter trois fois autant.

Il faut donc rejeter, à notre avis, les raisons invoquées pour le maintien de l'action non libérée, et au contraire supprimer complètement cet instrument qui, inutile aux sociétés sérieuses et essentiellement dangereux pour la plus grande masse des capitalistes, ne favorise en réalité que la spéculation.

Si la liberté des conventions était en jeu, nous tiendrions sans doute un autre langage, mais étant donné qu'il est admis pour le moment, car l'avenir nous ramènera peut-être au droit commun, que la matière des sociétés doit dans un intérêt d'ordre général être soumise à une réglementation spéciale, ce n'est plus qu'une question de plus ou de moins dans l'atteinte portée à cette liberté, et nous n'hésitons dès lors pas à penser que le législateur devrait aller jusqu'au bout, et de même qu'on exige actuellement le versement du quart sur chaque action pour permettre à la société de se constituer, dire que désormais cette constitution ne pourra avoir lieu avant le paiement total du montant de l'action.

Le projet de loi qui est actuellement soumis aux

délibérations du parlement n'introduit pas, à notre grand regret, dans ses nouvelles dispositions, cette utile réforme ⁽¹⁾.

Les auteurs du projet, et le Sénat après eux, ont cependant senti les inconvénients et les dangers de l'action non libérée et s'en sont sérieusement préoccupés; ils ont même d'ailleurs apporté, il faut bien le reconnaître, dans la nouvelle rédaction, tout en maintenant le principe de l'action non libérée, des améliorations importantes.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 6, toutes les actions devront rester nominatives jusqu'à leur entière libération, ce qui a évidemment pour but de parer à cette situation singulière, que nous avons déjà fait ressortir, d'un souscripteur d'actions obligé de libérer des titres qu'il a vendus depuis longtemps sans pouvoir, en fait, exercer contre le détenteur du titre, le véritable débiteur du non versé, un recours que la loi lui reconnaît cependant.

En outre, le même article 6 ne permet pas de poursuivre les souscripteurs et cessionnaires d'actions sans appeler en même temps dans l'instance le dernier porteur, de telle sorte que si l'actionnaire qui s'est défait de son titre peut cependant être condamné au paiement, sans pouvoir opposer le bénéfice de discussion ou de division, la dette étant solidaire, du moins il n'a pas besoin, pour l'exercice de son recours à l'égard du titulaire actuel, d'intenter de nouvelles poursuites : Par le paiement qu'il fait entre les mains de la société,

(1) Projet de loi sur les sociétés par actions, adopté par le Sénat le 29 novembre 1884.

il se trouve subrogé dans le bénéfice du jugement même, et la condamnation ayant été prononcée contre le dernier titulaire en même temps que contre lui, il se trouve avoir en mains un titre paré, susceptible d'être exécuté sans aucun délai. Le recours contre les autres cessionnaires intermédiaires peut aussi s'exercer facilement, la loi nouvelle prescrit, en effet, la notification, dans l'exploit introductif d'instance des noms et domicile de tous les souscripteurs ou cessionnaires successifs de l'action avec la date du transfert. Le registre des transferts doit d'ailleurs être communiqué, sur sa réquisition, à l'actionnaire poursuivi.

Enfin, et cette innovation est très importante, le souscripteur ou cessionnaire qui veut sortir de la société et se défait de son titre, ne sera plus tenu indéfiniment; désormais tout actionnaire cessera d'être tenu deux ans après la vente du titre, ou plus exactement deux ans après l'inscription du transfert sur les registres de la société.

Sans méconnaître l'utilité de ces réformes, nous ne pouvons que répéter qu'elles sont, à notre avis, insuffisantes, et que si elles atténuent les inconvénients que présente l'action non libérée telle qu'elle est régie par la loi de 1867, elle ne la fait pas entièrement disparaître.

C'est par un retour, en effet, à la loi restrictive de 1856, que le projet édicte la forme nominative de l'action jusqu'à son entière libération, or, cette forme, nécessaire pour l'exécution du système de la loi nouvelle, ne répond plus non seulement à la conception théorique que l'on se fait généralement de la société anonyme, mais surtout, ce qui est plus grave, n'est

plus en rapport avec les développements et les besoins de cet instrument de crédit. L'action nominative complique outre mesure les négociations, entrave par suite considérablement le placement des actions, et nuit par conséquent très sérieusement au crédit de la société.

En outre, le maintien de l'engagement de l'actionnaire pendant deux années encore après la vente du titre, bien que cette situation se trouve considérablement améliorée au regard de celle qui est faite à l'actionnaire par la législation actuelle, suffit encore à éloigner le souscripteur. Depuis les événements financiers qui sont encore sous nos yeux, bien qu'ils datent déjà de plusieurs années, le souscripteur d'actions a une répugnance invincible pour le titre non libéré; il y a eu, en effet, à cause de ces titres, des surprises tellement profondes dans toutes les classes des capitalistes, que le placement d'actions ainsi non libérées serait aujourd'hui, nous le croyons du moins, une entreprise des plus difficiles. Cela est si vrai qu'il n'est point à notre connaissance malgré les recherches faites dans ce but, que depuis 1882, cet essai ait même été tenté. Nous ne croyons pas, en effet, qu'il ait été mis, depuis cette époque, des actions non libérées en émission publique.

Mais il est à craindre que cette répugnance ne s'endorme, qu'une nouvelle génération de capitalistes arrivant, cet instrument ne reprenne, entre les mains des spéculateurs, toute sa force, et que les gens, qui épargnent et travaillent, continuent comme par le passé, à être la dupe de leur ignorance et de leur crédulité.

Voilà pourquoi nous pensons que l'heure était propice pour le faire disparaître de notre législation des

sociétés, car même amélioré, il restera encore une source de difficultés et d'abus. Nous ne pouvons donc que regretter que l'on ne se soit point résolu à l'éliminer d'une façon définitive dans la loi nouvelle.

Nous devons pourtant reconnaître que les législations étrangères possèdent, comme nous, l'action non libérée, mais il faut bien dire aussi que chacune s'efforce de trouver les moyens les plus ingénieux pour en modérer les inconvénients, ce qui prouve surabondamment que ces inconvénients ne sont point chimériques et qu'ils existent bien réellement.

Partout le principe qui est proclamé, c'est la responsabilité de l'actionnaire jusqu'à la libération complète, mais avec des moyens de sortir de la société et des prescriptions qui varient. Quant à la forme de l'action dans certains pays elle reste nominative jusqu'à la libération complète, dans d'autres au contraire, comme chez nous, elle peut être convertie au porteur avant cette libération, mais il est à remarquer que la tendance actuelle, tendance très accentuée est de ne plus admettre la mise au porteur de l'action avant qu'elle ne soit entièrement libérée.

Dans la première catégorie nous trouvons, en effet, la loi anglaise et la loi belge et depuis peu la loi italienne et la loi allemande.

La loi anglaise (loi de 1882 modifiée par celles de 1867 et 1877) distingue, pour appliquer les règles de la responsabilité, les actionnaires anciens et les actionnaires actuels. Les premiers ne sont tenus que des dettes antérieures à leur sortie de la société, à moins que la liquidation ne survienne dans l'année de la cession de leurs actions; dans ce cas ils sont responsables,

comme les actionnaires actuels, de toutes les dettes sans exception. Ceci a lieu pour les sociétés à responsabilité limitée; dans les sociétés à responsabilité illimitée, les actionnaires, qui ont vendu leurs titres, demeurent responsables pendant une durée de trois années après leur sortie de la société.

Dans tous les cas, et dans les deux formes de société, les cessions d'actions, et la substitution qui s'ensuit d'un nouvel actionnaire à l'ancien, sont portées à la connaissance des intéressés par la publicité qui est donnée au registre des actionnaires.

La loi belge, qui est comme la reproduction même de la loi anglaise avec certaines adjonctions de détail, autorise également le souscripteur d'une action non libérée à se retirer de la société. Comme en Angleterre, sa retraite est pour ainsi dire notifiée aux tiers par sa disparition de la liste des actionnaires. Dès ce moment il n'est plus responsable que des dettes antérieures, sauf d'ailleurs son recours contre ses cessionnaires successifs. Enfin, la prescription de cinq ans l'affranchit définitivement de toute responsabilité ⁽¹⁾.

Dans la seconde catégorie, c'est-à-dire celle où les actions peuvent être converties au porteur avant leur libération, on pouvait ranger, il y a quelques années, les lois italienne, allemande et suisse, nous allons

(1) *Loi du 18 mai 1873*, art. 40. Les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération.

Art. 42. Les souscripteurs d'actions sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total de leurs actions; la cession des actions ne peut les affranchir de contribuer aux dettes antérieures à sa publication.

L'ancien propriétaire a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs.

Enfin, l'article 127 édicte la prescription de cinq ans.

voir, qu'en vertu d'une législation toute récente, il n'en est plus ainsi pour les deux premières.

Avant la réforme dont nous allons parler, voici quel était l'état de la législation italienne. Dans l'article 152, le Code énonçait le principe de la responsabilité du souscripteur pour la totalité de l'action, tant qu'elle restait nominative et malgré la cession qu'il en aurait faite. La conversion au porteur était-elle votée, et elle pouvait l'être après la libération de moitié (art. 151), il fallait distinguer si le titulaire avait usé ou non de l'autorisation accordée : s'il n'en avait point usé, la situation restait la même, sa responsabilité demeurait entière (art. 153), si, au contraire, il avait converti son titre, les actionnaires qui avaient été précédemment titulaires étaient dégagés ; mais, et c'était là, comme chez nous, la difficulté, était-ce le titre seul qui devait désormais, n'était-ce pas plutôt le détenteur du titre ? La jurisprudence était divisée sur la question. Ce système, d'ailleurs, qui laissait ainsi l'actionnaire, qui s'était défait de son titre, responsable au gré du porteur, suivant que ce dernier convertissait ou non son titre, était tout à fait inadmissible.

Les dispositions de la loi nouvelle ont nettement tranché la question. Voici comment est conçu l'article 166 du nouveau Code de commerce mis en vigueur le 1^{er} janvier 1883 : « Les actions non payées en entier sont toujours nominatives. Les souscripteurs et les cessionnaires successifs sont responsables du montant total de leurs actions, nonobstant une aliénation quelconque d'elles ⁽¹⁾. » De la sorte plus d'actions au por-

(1) Code de commerce italien (trad. Bohl, 1884).

teur avant la libération totale, et responsabilité entière de tous les cessionnaires successifs, il n'y a donc plus de difficultés.

L'article 919 édicte, à l'image de la loi belge, la prescription de cinq ans; après ce délai les actionnaires qui ont vendu leurs titres sont libérés.

Le système de la loi allemande qui était contenue dans le Code de commerce (art. 173, 184, 222 et 223), n'était guère plus heureux que celui de la loi italienne.

Si les titres étaient au porteur c'étaient les statuts qui déterminaient d'avance les conditions auxquelles l'actionnaire pouvait être libéré, la loi toutefois ne permettait cette libération qu'après le versement de 40 0/0, et dans certains États de 25 0/0 du montant de l'action.

Au contraire, tant que l'action était nominative, l'actionnaire, qui vendait son titre, ne voyait sa responsabilité dégagée que tout autant que la société elle-même, en acceptant son acquéreur en son lieu et place, l'avait déchargé de son obligation. Et même dans ce cas l'actionnaire, ainsi sorti de la société, restait tenu pendant une année, en ce qui concernait les engagements antérieurs à sa retraite.

Une loi récente, la loi du 28 juin 1884, a complètement modifié cet état de choses. Tout d'abord elle a supprimé l'action au porteur non libérée : « Avant la libération intégrale, dit le nouvel article 215, il ne peut être émis que des titres nominatifs. »

Quant à la responsabilité des actionnaires, elle est peut-être plus étendue en ce sens que la prescription est un peu plus longue, mais d'un autre côté l'acceptation du cessionnaire par la société n'est plus néces-

saire pour produire décharge au profit du cédant, en outre il est imposé à la société, pour le recouvrement du non versé, un ordre dans les poursuites à exercer contre les divers cessionnaires, qui présente pour eux un avantage très réel. Voici d'ailleurs comment s'exprime l'article 184 B sur les sociétés en commandite qui, aux termes de l'article 219, est également applicable aux sociétés anonymes : « Les sommes non payées par l'actionnaire déchu peuvent être réclamées à son prédécesseur immédiat, à défaut de celui-ci à l'actionnaire précédent, et ainsi de suite en remontant dans le registre des transferts de la société. L'insolvabilité de chacune des personnes ainsi responsables est présumée jusqu'à preuve contraire, du moment où elle n'a pas effectué le paiement dans les quatre semaines à partir de la demande qui lui en a été faite par la société et de la notification de cette demande au prédécesseur. Les actionnaires antérieurs ne sont responsables des appels de fonds que pendant deux ans, comptés à partir du jour où ce transfert a été notifié à la société pour être inscrit au registre des transferts. »

La Suisse possède, elle aussi, une législation assez récente sur cette matière. Elle se trouve dans la loi des 10-14 juin 1881. Cette loi paraît s'être inspirée de nos lois spéciales sur les chemins de fer, ou même de notre législation actuelle. Elle admet l'action au porteur après un versement de 50 0/0 de la valeur nominale du titre, et même la décharge définitive de l'obligation personnelle du souscripteur après ce versement à la seule condition que les statuts primitifs l'autorisent expressément; et pourvu toutefois que la

société ne tombe pas en faillite dans l'année qui suit la cession faite par le souscripteur de son titre, auquel cas il resterait tenu intégralement⁽¹⁾.

Comme on le voit, les législations diverses des pays les plus rapprochés de nous ne nous offrent pas grand chose à glaner pour améliorer d'une façon satisfaisante la condition des actionnaires, porteurs d'actions non libérées. Certaines ont imité notre propre législation, la Suisse, par exemple. Les autres, sauf ce qui a trait à la forme de l'action qui devra rester nominative, à la prescription relativement courte des engagements du souscripteur, et à la publicité donnée à leur retraite en vue des tiers, n'offrent rien de particulièrement sail-
lant; le projet de loi, dont nous avons déjà parlé, s'approprie d'ailleurs certaines de ces dispositions que nous avons déjà appréciées. Mais, quoi qu'il en soit, nous persistons à penser que toutes ces précautions sont inefficaces ou insuffisantes, et que, puisqu'on repousse la liberté, il ne faut pas craindre d'aller à l'extrême limite, et, au lieu de s'attarder dans des sys-

(1) Code fédéral, art. 636. Les actions, promesses ou certificats provisoires au porteur, ne peuvent être émis qu'autant qu'il a été versé 50 0/0 de la valeur nominale.

.....
Même après le versement de 50 0/0 de la valeur nominale de l'action, le souscripteur ne peut être personnellement libéré qu'autant que les statuts primitifs le permettent expressément.

Art. 637. Tant qu'une action n'est que partiellement libérée, l'actionnaire qui la transfère demeure obligé au paiement du solde, à moins que la société n'accepte en son lieu et place le cessionnaire et ne relève le cédant de ses engagements. Mais, même dans ce dernier cas, le souscripteur originaire reste subsidiairement tenu des versements non effectués jusqu'à concurrence de la valeur nominative de l'action, si la société tombe en faillite dans l'année qui suit la libération par lui obtenue.

tèmes qui n'aboutissent qu'à l'impuissance, supprimer purement et simplement la source de toutes ces difficultés, c'est-à-dire l'action non libérée elle-même, et n'autoriser la souscription et la négociation d'actions qu'en titres entièrement libérés.



POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

I. Au début, la *manus* était une conséquence forcée du mariage.

II. De même que la femme pouvait se soustraire à l'usucapion de la *manus*, de même le mari, malgré la volonté de sa femme de s'y soumettre, pouvait empêcher l'usucapion de s'accomplir.

III. La confarréation était un mode d'acquisition de la *manus* à l'usage exclusif des patriciens.

IV. Il ne dépend pas du *paterfamilias* de la femme *in manu* d'interrompre l'*usucapio* du mari en la contraignant à accomplir l'*usurpatio trinoctium*.

V. Si la femme qui se marie est *sui juris*, l'*auctoritas tutorum*, nécessaire pour la validité du mariage, est suffisante pour que la *manus* puisse ensuite s'établir *usu*.

VI. La *manus* ne porte pas seulement sur les biens de la femme, mais aussi et principalement sur sa personne.

VII. Le *jus postliminii* n'a pas pour effet de rétablir la *manus*.

VIII. La femme *in manu*, même après le décès de son mari, ne pouvait faire un testament.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

I. L'incapacité du fils de famille n'existe que dans les rapports de droit privé. Le droit public ne faisait aucune distinction, et tous les citoyens étaient admis aux mêmes droits et aux mêmes charges.

II. La mancipation du fils de famille par son *paterfamilias* ne lui faisait pas perdre sa qualité d'ingénu.

III. L'*auctoritas* du tuteur ne peut être donnée qu'*in ipso negotio*, et il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les actes où le tuteur ne peut jouer que le rôle d'*auctor* et ceux où il pourrait indifféremment autoriser ou agir seul.

IV. Le *jus postliminii* ne portait pas atteinte à la validité du mariage contracté par le fils de famille pendant la captivité du *paterfamilias*, et, par suite, en dehors de son consentement.

DROIT COMMERCIAL.

I. Toute clause, insérée aux statuts d'une société anonyme, et qui aurait pour but de restreindre l'étendue des engagements des souscripteurs d'actions en dehors des prévisions de l'article 3 de la loi de 1867, est entièrement nulle.

II. L'assemblée générale des actionnaires peut décider que le capital social sera réduit de moitié, et, si les actions sont libérées de moitié, que cette réduction pourra s'opérer par la réunion de deux actions en une seule. Bien que cette décision ait pour résultat de dispenser l'actionnaire des versements restant à effectuer, elle ne saurait être critiquée.

III. Pour que la mise au porteur des actions puisse être votée par l'assemblée générale, il ne suffit pas que la moitié du fonds social ait été versé, il faut que chaque action soit libérée de moitié.

IV. La conversion pourra être votée par une assemblée composée seulement d'actionnaires ayant le nombre d'actions voulu par les statuts et ne représentant que le quart du capital social.

V. Dans le cas d'actions au porteur, si l'on admet que le porteur est tenu personnellement, il ne suffit pas que la société, qui poursuit le recouvrement du non versé, prouve que celui auquel elle s'adresse a fait partie de la société à une époque antérieure à l'appel de fonds, il faut, de plus, qu'elle établisse qu'il est encore propriétaire de ses titres.

VI. Le cessionnaire intermédiaire d'actions au porteur, bien que sa responsabilité soit entièrement dégagée à l'égard de la société, n'en reste pas moins tenu à l'égard de son cédant dans les termes du droit commun.

DROIT CIVIL.

I. Le père d'un enfant naturel légalement reconnu peut adopter cet enfant naturel.

II. La prime ou le lot, attribués à une obligation soumise à un droit d'usufruit, appartiennent au nu-propriétaire pour le capital et à l'usufruitier pour le revenu de ce capital.

III. Pour acquérir l'eau d'une source par prescription, il faut que les travaux apparents, dont parle l'article 642, aient été faits non point sur le fonds de celui qui prescrit, mais sur le fonds même contre lequel on veut prescrire.

IV. Lorsque le mur mitoyen est une clôture forcée, l'un des copropriétaires ne peut abandonner son droit de mitoyenneté pour se soustraire aux réparations du mur.

V. Il n'y a lieu ni à inscription, ni à transcription pour conserver, à l'égard des tiers, la créance résultant, au profit du propriétaire du fonds servant, de la prise de possession d'une mitoyenneté par le propriétaire voisin.

DROIT PÉNAL.

I. L'article 449 du Code pénal n'est pas applicable à l'accaparement des actions des sociétés civiles ou commerciales.

II. L'établissement d'un bilan frauduleux n'est pas, par lui-même et à lui tout seul et malgré la publication qui en serait faite, constitutif du délit spécial de l'article 15 de la loi de 1867. Il faut nécessairement qu'il ait été suivi de la distribution d'un dividende fictif.

PROCÉDURE CIVILE.

I. La compétence du juge des référés ne s'étend que sur les matières qui sont de la compétence des tribunaux de première instance.

Ainsi, le juge des référés est incompétent pour ordonner une mesure provisoire en matière commerciale ou même dans toute matière civile de la compétence des juges de paix.

II. La demande en justice, dirigée contre le mari et la femme et contre une tierce personne, est dispensée du préliminaire de conciliation, lors même que l'assignation ne serait adressée au mari que pour assister et autoriser sa femme.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. Les tribunaux français sont compétents, même en matière personnelle, pour connaître d'un différend entre étrangers, pourvu, dans ce dernier cas, que le défendeur n'y fasse point opposition; mais le tribunal, devant lequel la cause est portée, n'est point tenu de rester saisi et peut décliner sa juridiction.

II. Dans le cas d'un différend ainsi porté devant un tribunal français par un demandeur étranger contre un défendeur également étranger, ce dernier ne peut exiger la *cautio judicatum solvi*.

SCIENCE FINANCIÈRE.

I. L'unité dans le type de la dette favorise l'élévation des cours, et, par suite, profite au crédit de l'État.

II. En principe, l'impôt sur le revenu ne saurait être considéré comme un impôt d'égalité que tout autant qu'il existerait comme impôt unique et non point comme impôt superposé, et en admettant que, dans la pratique, aucun revenu n'y échappât.

Vu par le Président de la Thèse,

J. RENAULT.

Vu et approuvé :

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE LA MANUS.

	Pages
CHAPITRE I. — Des origines de la <i>manus</i>	4
CHAPITRE II. — Comment la <i>manus</i> prenait naissance.....	17
§ I. — La <i>confarreatio</i>	22
§ II. — L' <i>usus</i>	27
§ III. — La <i>coemptio</i>	38
CHAPITRE III. — Des effets de la <i>manus</i> . — Quelle était sa véritable portée?.....	44
CHAPITRE IV. — Comment la <i>manus</i> prenait fin.....	63
§ I. — <i>Diffarreatio</i>	67
§ II. — <i>Remancipatio</i>	69
CHAPITRE V. — De la <i>manus fiduciæ causa</i>	71
CHAPITRE VI. — Comment et pour quelles causes la <i>manus</i> a disparu.....	79

DROIT FRANÇAIS.

DES ACTIONS NON LIBÉRÉES DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES.

INTRODUCTION.....	89
-------------------	----

PREMIÈRE PARTIE.

HISTORIQUE.

Section I. — Notions générales. Droit ancien. Droit intermédiaire.....	93
Section II. — § I. — Code de commerce et lois postérieures.	110
§ II. — Droit commun applicable aux actions non libérées sous l'empire du Code de commerce et lois postérieures.	
Diverses clauses s'y rapportant....	123

DEUXIÈME PARTIE.

LÉGISLATION ACTUELLE.

	Pages.
OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.....	138
CHAPITRE I. — Esprit général de la loi de 1867 en ce qui concerne les actions non libérées. Historique de la rédaction de l'article 3.....	141
CHAPITRE II. — Responsabilité des souscripteurs ou cessionnaires d'actions non libérées.....	147
<i>Titre I.</i> — Distinction importante. Les actions sont-elles forcément nominatives ou peuvent-elles être converties au porteur?.....	147
<i>Section I.</i> — Les actions sont forcément nominatives. — Quelles sont les personnes tenues de les libérer?.....	148
<i>Section II.</i> — Conditions auxquelles les actions peuvent être converties au porteur. Libération éventuelle des souscripteurs ou cessionnaires.	159
§ I. — Première condition.....	161
§ II. — Deuxième condition.....	163
§ III. — Troisième condition.....	173
§ IV. — Quatrième condition.....	182
§ V. — Dernière question.....	185
CHAPITRE III. — Des poursuites contre les différentes personnes tenues des versements à faire sur des actions non libérées.....	212
<i>Section I.</i> — Droits de la société en cas d'appel de fonds..	212
§ I. — Solidarité des différents titulaires du même titre.	219
§ II. — Recours des porteurs successifs entre eux.....	223
<i>Section II.</i> — Droits du syndic en cas de faillite.....	242
CONCLUSION. — Projet de loi sur les sociétés.....	251
Législations étrangères.....	266
POSITIONS.....	273

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
